Die Zurechnung der besonderen Tatumstände nach § 50 StGB.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Hans-Hermann Meyer

aus Bornsen.

1940

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Referent: Geheimrat Professor Dr. Oetker †

übernommen von:

Professor Dr. Schoetensack.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vorbemerkung: Inhalt der Aufgabe 1

§ 1. Einleitung: Das Problem im allgemeinen 1

Erster Hauptteil: Das geltende Recht.

I. Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB. 3

§ 2. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und die besonderen Tatumstände 3

§ 3. Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und die Rechtslehre 3

II. Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit des Täters und Teilnehmers nach § 50 StGB . . . 29

§ 4. Täterschaft und Teilnahme nach geltendem Recht 29

§ 5. Der Inhalt der Sonderregelung des § 50 StGB 36

§ 6. § 50 StGB und die Mittäterschaft 38

§ 7. § 50 StGB und die übrigen besonderen Tatumstände 39

§ 8. Das sachliche Ergebnis der Zurechnung der besonderen Tatumstände nach dem geltenden Recht 41

Zweiter Hauptteil: Die Rechtsreform.

I. Täterschaft und Teilnahme im Lichte der neueren Theorien . . 44

§ 9. Wissenschaftliche Rechtfertigung der Akzessorietät de lege lata . . 44

§ 10. Täterschaft und Teilnahme de lege ferenda 50

§ 11. II. Die Zurechnung der besonderen Tatumstände und die Entwürfe 59

Schlußbemerkung:

§ 12. Die Zurechnung der besonderen Tatumstände de lege ferenda . . 65

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543516_0083

Vorbemerkung: Inhalt der Aufgabe.

In einer Zeit, in der die Strafrechtsreform unmittelbar vor dem Abschluß steht, könnte das Vorhaben, über eine Strafbestimmung unseres zur Zeit noch in Kraft befindlichen Strafgesetzbuches eine Untersuchung anzustellen, Befremden erwecken. Gegenstand unserer Untersuchung ist jedoch eine Frage des allgemeinen Strafrechts, mit der sich jede Strafrechtsordnung auseinanderzusetzen hat. Die Regelung des geltenden Rechts in Ansehung der Zurechnung der besonderen Tatumstände ist, wie die folgende Darstellung zeigt, eine der Möglichkeiten, von Gesetzes wegen das Problem zu lösen, und der Vorwurf völliger Unbrauchbarkeit, der dem Gesetzgeber vereinzelt gemacht worden ist, trifft § 50 StGB zu Unrecht. Wie auch die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände selbst, besitzt auch die Art der gesetzlichen Regelung, die sie im geltenden Recht gefunden hat, grundsätzliche Bedeutung. Die im Zusammenhang mit § 50 StGB aufgetauchten Streitfragen verdienen daher unabhängig von seiner Weitergeltung in der bisherigen Form Beachtung.

Unsere Aufgabe umfaßt ein Doppeltes. Zunächst haben wir die Regelung, die dem geltenden Recht zugrunde liegt, zu betrachten. Anschließend daran haben wir dann auch zu untersuchen, wie weit das geltende Recht der Reform bedarf. Insbesondere haben wir dabei die im Schrifttum und den amtlichen Strafrechtsentwürfen gemachten Abänderungsvorschläge zu berücksichtigen. Die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände bildet ein Teilproblem der Teilnahmelehre. Während die Erörterungen im ersten Teil sich mit der Sonderregelung des § 50 StGB befassen, auf der Grundlage der Teilnahmelehre des geltenden Rechts, ist im zweiten Teil zu der Frage der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung in dem kommenden Recht, namentlich unter dem Gesichtspunkt der Reform der Teilnahmelehre, Stellung genommen worden.

§ 1.

Einleitung: Das Problem im allgemeinen.

Ein großer Teil von Verbrechenstatbeständen in unserm Strafgesetzbuch weist die Besonderheit auf, daß bei ihnen das Gesetz persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Täters zu Tatbestandsmerkmalen

der strafbaren Handlung erhoben hat. Es sind hierbei die Fälle in Betracht zu ziehen, in denen persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Täters, wie z. B. die Verwandtschaft, die Beamteneigenschaft oder die Zugehörigkeit zur bewaffneten Macht, eine strafbegründende, straferhöhende oder strafvermindernde Wirkung äußern. So wird nach § 215 StGB der Sohn im Fall des Verwandtentotschlages schwerer und nach § 217 StGB die uneheliche Mutter im Fall der Kindestötung milder bestraft, und nach § 344 StGB wird durch die Beamteneigenschaft überhaupt erst die Strafbarkeit der Handlung begründet. Man bezeichnet diese Tatbestandsmerkmale als sog. besondere Tatumstände.

Bei der Beteiligung mehrerer an einer Straftat ist es denkbar, daß bei dem einen Beteiligten diese besonderen Tatumstände vorliegen, bei dem anderen aber nicht. Die Frage ist dann, nach welcher Strafbestimmung die einzelnen Beteiligten zu bestrafen sind. Diese Frage bildet das Problem der Zurechnung der besonderen Tatumstände. Mit ihrer Beantwortung befaßt sich § 50 StGB.

Erster Hauptteil.

Das geltende Recht.

I.

Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB.

§ 50 StGB lautet: „Wenn das Gesetz die Strafabrkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

§ 2.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB und die besonderen Tatumstände.

Zunächst sei eine kurze Vorbemerkung über die Begriffe persönliche Eigenschaften und Verhältnisse und besondere Tatumstände und deren Verhältnis zueinander vorausgeschickt.

§ 50 StGB spricht einmal von den „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen", die die „Strafbarkeit einer Handlung" „erhöhen oder vermindern", und dann wieder von den „besonderen Tatumständen", die dem „Täter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen sind", „bei welchem sie vorliegen". Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, in welchem Verhältnis nach der Auffassung des Gesetzgebers diese Begriffe zueinander stehen. Es wäre denkbar, daß beide Begriffe dasselbe besagen sollen, daß es sich hierbei also nur um einen Wechsel der Ausdrucksweise handelt. Es ist aber auch möglich, daß beide Begriffe im Verhältnis des engeren zum weiteren Begriff stehen, und daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB eine Unterart des weiteren Begriffes der besonderen Tatumstände bilden. Wenn im folgenden von den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB im Gegensatz zu den besonderen Tatumständen die Rede ist, so werden diese Begriffe der besseren Übersicht wegen im letzteren Sinne gebraucht. Wir erblicken somit in

den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB eine Unterart des umfassenderen Begriffes der besonderen Tatumstände.

Unter Tatumständen schlechthin verstehen wir alle strafrechtlich bedeutsamen Umstände, insbesondere fallen die Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens darunter[1]).

Wie jeder Rechtssatz enthält auch die Strafbestimmung eine Verhaltensnorm und wendet sich daher immer an den Einzelnen, indem sie ihm ein bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet[2]). In der Strafsatzung tritt der von dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten fordernde Gesetzeswille am unmittelbarsten und nachdrücklichsten in die Erscheinung[3]). Den Inhalt der Norm entnehmen wir dem Tatbestand des Verbrechens als dem Inbegriff der Merkmale, an den die Rechtsordnung als Rechtsfolge die Strafe knüpft[4]). Wie für die Verhaltensnorm zwei Begriffe wesentlich sind, die Tat und der Täter, so gilt das Gleiche auch für das Verbrechen. Bei den Tatbestandsmerkmalen als den Bestandteilen des einzelnen Verbrechens können wir daher einerseits zwischen solchen unterscheiden, die nur die Tat als solche betreffen, und andererseits zwischen solchen, die sich auf die Person des Täters beziehen.

Als besondere Tatumstände, und desgleichen auch als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB kommen, wie der Wortlaut des § 50 StGB ergibt, und wie auch bis auf ganz vereinzelte Ausnahmen[5]) allgemein von der herrschenden Lehre angenommen wird, solche Tatbestandsmerkmale nicht in Betracht, die wie z. B. das Tatbestandsmerkmal des Einsteigens beim Diebstahl nach § 243 I StGB lediglich die Tat als solche kennzeichnen. Die besonderen Tatumstände haben mit den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB gemein, daß es sich bei beiden um „persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" in diesem weiteren Sinne handelt. Die Frage, wodurch die letzteren sich von den ersteren unterscheiden, ob durch die von ihnen ausgehende Rechtswirkung, worauf es der Wortlaut des Gesetzes ausschließlich abstellt, oder worin im übrigen das Unterscheidungsmerkmal zu erblicken ist, ist außerordentlich bestritten. Diese Frage ist im folgenden zu untersuchen. Hier ist vorerst nur festzustellen, daß die besonderen Tatumstände als Begriff gleichsam eine Zwischenstellung zwischen den allgemeinen Tatumständen und den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB einnehmen.

---

1) Nagler, S. 26 Anm. 2.
2) Vgl. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921 S. 298; LpzK. Einl. A I 4.
3) Wir schließen uns hiermit der herrschenden Auffassung von der Gleichstellung von Norm und Strafbarkeitserklärung an, vgl. Frank vor § 1 I; Liszt-Schmidt § 18 I u. Anm. 1. u. 2.
4) Liszt-Schmidt § 26 I.
5) Vgl. darüber S. 18 ff.

§ 3.

Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und die Rechtslehre.

Wie die Teilnahmelehre selbst gehört auch die Zurechnung der besonderen Tatumstände zu den umstrittensten Fragen des Strafrechts. Daran hat auch die Tatsache, daß das geltende Recht im Gegensatz zu seinem Vorbild, dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851[6]), im § 50 StGB die Zurechnung der besonderen Tatumstände einer gesetzlichen Regelung unterworfen hat, nur wenig geändert. Dieser Versuch der gesetzlichen Regelung des Problems kann zwar unzweifelhaft einige Vorteile gegenüber dem früher bestehenden Rechtszustand für sich in Anspruch nehmen[7]). Diese werden jedoch durch Nachteile, die dieser Normierungsversuch ebenso unzweifelhaft im Gefolge gehabt hat, und welche im besonderen auf die „außerordentliche Unbestimmtheit der Ausdrucksweise“[8]) zurückzuführen sind, wieder wettgemacht. Im Endergebnis hat somit § 50 StGB einen nennenswerten Beitrag zur Beilegung dieses schon Jahrhunderte alten Streites nicht geleistet. Wir befinden uns daher nach wie vor auf einem äußerst streitigen Gebiet. So ist es denn auch nicht weiter verwunderlich, daß über die Auslegung des § 50 StGB heftiger Streit herrscht.

Schon bei äußerer Betrachtung des Gesetzeswortlautes richtet sich das Hauptaugenmerk auf die Begriffe persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, die die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern. Dem entspricht aber auch die inhaltliche Bedeutung, die diesen Begriffen im Rahmen der Gesamtregelung des § 50 StGB zukommt. Von den Streitfragen, die sich auf § 50 StGB beziehen, ist daher auch die Frage, was unter diesen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu verstehen ist, die wichtigste.

Die Begriffe persönliche Eigenschaften und Verhältnisse sind Sammelbegriffe. Sie sind die zusamenfassende Bezeichnung für bestimmte, in den Tatbeständen des besonderen Teils wiederkehrende einzelne Tatbestandsmerkmale. Es handelt sich somit bei ihnen um Begriffe, die erst druch die einzelnen Tatbestandsmerkmale ihren eigentlichen Gehalt bekommen. Es empfiehlt sich daher, zunächst die wichtigsten einzelnen Tatumstände voranzustellen und dabei hervorzuheben, wie weit diese zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB gerechnet werden, und wie weit letzteres bestritten worden ist.

Nach nahezu unbestrittener Ansicht gelten als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse das Verhältnis der Kinder zu den Eltern

6) Liszt-Schmidt § 51 II 1 Anm. 1.
7) Vgl. darüber 41 ff.
8) Frank § 50 II.
9) Soweit diese keinen Schuldausschließungsgrund enthält.

beim Verwandtentotschlag des § 215 StGB, das Verhältnis der Eltern zu den Kindern bei der Aussetzung durch die eigenen Eltern nach § 221 II StGB, die Beamteneigenschaft bei den sog. unechten Beamtendelikten (§§ 339—342, 348 II, 349—351 StGB) und das Verhältnis der Mutter zum außerehelichen Kind nach § 217 StGB.

Sehr streitig dagegen ist diese Frage bei der Jugend[9]), bei der Rückfälligkeit, der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit[10]). Weiter ist sehr bestritten, ob die in manchen Tatbeständen besonders hervorgehobene Absicht (z. B. beim Diebstahl die Zueignungsabsicht) und beim Mord die Überlegung zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu rechnen sind[11]).

a) Die Auslegung nach dem Wortlaut.

Wie bei jeder Auslegung bieten sich uns auch hier für die Begriffsermittlung die beiden einander entgegengesetzten Betrachtungsweisen, deren inhaltlicher Gegensatz durch den jeweils verschiedenen Ausgangspunkt bestimmt wird, die Begriffsermittlung aus dem Gesetzeswortlaut einerseits und aus der ratio legis andererseits.

Wenn wie im vorliegenden Fall der Gesetzgeber zu einer Einzelfrage ausdrücklich Stellung genommen hat, bildet die Wortauslegung das Zunächstliegende. Die Wortauslegung haben vor allem auch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung bevorzugt, während umgekehrt die Schriftsteller, die sich im besonderen mit einer Betrachtung des § 50 StGB beschäftigt haben, von einer Zweckbetrachtung ausgegangen sind. Im einzelnen wird das im übernächsten Abschnitt dargestellt werden. Im folgenden ist zunächst festzustellen, zu welchem Ergebnis die Wortauslegung führt, und wie weit sie in der Lage ist, uns auf die bestehenden Streitfragen eine befriedigende Antwort zu geben.

§ 50 StGB spricht von „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, die die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern". Die Fassung des Gesetzes an sich verleitet schon dazu, auf das Begriffsmerkmal „die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern", entscheidenden Nachdruck zu legen. Wenn man dann weiter berücksichtigt, daß auf dem Gebiete des Strafrechts ein Tatumstand entweder strafbegründend bzw. strafaufhebend oder strafverändernd sein kann, so liegt es durchaus nahe, den Gegensatz zu den persönlichen Eigen-

---

10) Allfeld § 37 Anm. 32; Binding, Grundriß § 70 IV; Frank § 50 II 1; Liszt-Schmidt § 51 II 1; LpzK. § 50, 2; Mezger § 64, II.

11) Die h. L. (vgl. Allfeld § 37, Anm. 32; Frank § 50 II 1; Liszt-Schmidt § 50 II 1) verneint dieses. Doch ist auch unter den Anhängern der h. L. sehr streitig, ob auch die Teilnahme am Mord Überlegung auf Seiten des Teilnehmers erfordert; vgl. darüber insbes. Liszt-Schmidt § 50 II 1 Anm. 3.

Abweichend von der h. L. zählen einige auch diese sog. „psychischen Tatsachen" zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, so vor allem Redslob S. 67.

schaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB in den strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu erblicken. Das ist auch die übereinstimmende Auffassung der herrschenden Lehre, wie sie insbesondere in den Kommentaren und Lehrbüchern und auch in der Rechtsprechung vertreten wird[12]).

Dabei beschränkt sich aber die Übereinstimmung im wesentlichen auf diese eine Frage, und im übrigen ist es gerade wieder der Wortlaut des Gesetzes, der zu den verschiedensten Streitfragen Veranlassung gegeben hat.

Zunächst spricht das Gesetz von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen. Das Wort „persönlich" erfordert nach der herrschenden Lehre, daß die Tatumstände irgendwie mit der Person eines der Beteiligten im Zusammenhang stehen. Nicht in Betracht kommen daher als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse solche Tatumstände, wie z. B. bei dem straferhöhenden Tatbestandsmerkmal des Einsteigens beim Diebstahl[13]).

Weiter bestimmt man im Anschluß an Rubo die persönlichen Eigenschaften als die „Beschaffenheit des Wesens eines Menschen" und die persönlichen Verhältnisse als die „Beziehungen eines Menschen zu einem andern Menschen oder zu irgendeinem Ding"[14]). Insoweit besteht im allgemeinen Übereinstimmung. Die Streitfragen beginnen erst bei der Frage der praktischen Nutzanwendung dieser Begriffsbestimmung. Im einzelnen sind hier folgende Fragen streitig:

Nach herrschender Ansicht fallen auch Tatumstände, wie die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit, die Rückfälligkeit und die Jugend unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB[15]). In Anlehnung an den Wortlaut des § 50 StGB, der von Tatumständen spricht, die die Strafbarkeit „einer Handlung" erhöhen oder vermindern, verlangen viele für die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB eine Beziehung dieser Eigenschaften zu der Handlung selbst. Bei den Tatumständen, denen diese Beziehung fehlt, handelt es sich nach ihnen um sog. „höchstpersönliche Eigenschaften und Verhältnisse"[16]), auf die § 50 StGB keine Anwendung findet. Darunter fallen die Jugend und die Rückfälligkeit. Zwar unterliegen auch diese Tatumstände einer persönlichen Zurechnung. Diese soll sich jedoch aus der Natur dieser Tatumstände von selbst ergeben[17]). Eine dritte Ansicht vertritt endlich Binding. Nach ihm fallen Tatumstände wie die Rückfälligkeit und die Gewerbs- und die Gewohnheits

12) Vgl. Frank § 50 II; vgl. insbes. auch RGSt 25/266.
13) So die h. A. A. A. nur Krug S. 38, 67.
14) Rubo, Kommentar für das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, 1879 § 50, 2, 3.
15) Allfeld § 37 Anm. 32; RGSt. 25/266.
16) Olshausen, § 50, 2 und 3 und die dortige Quellenangabe.
17) Olshausen, § 50, 3.

mäßigkeit nicht unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB. Sie sind für ihn das „gerade Gegenteil" davon, nämlich „Handlungseigenschaften"[18]).

Nach allgemeiner Ansicht bildet das Erfordernis des Dauernden ein notwendiges Begriffsmerkmal der persönlichen Eigenschaften[19]). Es werden daher die Überlegung beim Mord wie überhaupt alle „psychischen" Tatsachen nicht zu den persönlichen Eigenschaften gerechnet[20]). Zu den persönlichen Verhältnissen zählen aber diese sog. psychischen Tatsachen nicht, weil es sich bei ihnen nicht um eine Beziehung zu einem andern Menschen oder zu einer Sache handelt. Dagegen wird das Erfordernis des Dauernden nicht auch für die persönlichen Verhältnisse verlangt[21]). Ein Beamtenverhältnis von nur vorübergehender Dauer fällt daher unter die persönlichen Verhältnisse[22]). Andere wiederum, z. B. Binding, setzen die persönlichen Eigenschaften den persönlichen Verhältnissen gleich. Denn nach Binding bildet die Teilnahme an einem bestimmten Verhältnis eine persönliche Eigenschaft[23]). Letzterer gibt somit das Erfordernis des Dauernden als Begriffsmerkmal der persönlichen Eigenschaften auf. Aber auch nach ihm findet § 50 StGB auf die Überlegung beim Mord keine Anwendung, da diese nach ihm eine Handlungseigenschaft darstellt[24]).

Man kann somit im wesentlichen folgende Ansichten feststellen:

1. die Ansicht, nach der sämtliche persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, also auch die Jugend, die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit und die Rückfälligkeit zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen im Sinne des § 50 StGB zu rechnen sind. Diese Auffassung kann man wohl als die herrschende Ansicht bezeichnen, die namentlich auch vom Reichsgericht vertreten wird[25]).

2. die Ansicht, die die sog. höchst persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, wie die Jugend und die Rückfälligkeit, nicht zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zählt[26]).

3. die von Binding vertretene Ansicht, die zwischen persönlichen Eigenschaften und Handlungseigenschaften unterscheidet[27]).

---

18) Binding, Grundriß § 70 IV 2.
19) Allfeld, § 37 Anm. 32; Binding, Grundriß § 70 IV 1; Frank § 50 II 1; Liszt-Schmidt § 51 II 1; Olshausen § 50, 5.
20) Allfeld, § 37 Anm. 32; Frank § 50 II 1; Liszt-Schmidt § 51, II. Mezger § 64 II; LpzK. § 50, 2.
21) Olshausen § 50, 5.
22) Olshausen § 50, 5.
23) Binding, Grundriß § 70 IV 2.
24) Binding, Grundriß § 70 IV 2.
25) Allfeld § 37, Anm. 32; vgl. insbesondere RGSt. 25/266.
26) Olshausen § 50, 5.
27) Binding, Grundriß § 70 IV, 2.

Es ist zwar zuzugeben, daß ein gewisser Unterschied, auf den die oben erwähnten Ansichten verweisen, nicht zu leugnen ist. Es ist aber zu berücksichtigen, daß, wie die sich widersprechenden Ansichten beweisen, es bisher nicht gelungen ist, ein brauchbares Unterscheidungsmerkmal zu finden. Wenn Binding zwischen persönlichen Eigenschaften einerseits und Handlungseigenschaft andererseits unterscheidet, verweist er auf einen Gegensatz, auf den wir einleitend schon hinwiesen. Es gibt zwar Tatbestandnsmerkmale, die lediglich die Person des Täters betreffen, wie die Jugend, und andererseits gibt es solche, die in keiner Beziehung zu der Person des Täters stehen, wie z. B. das Einsteigen beim Diebstahl, die man deswegen als Handlungseigenschaften bezeichnen kann. Die Grenze zwischen beiden ist jedoch nicht immer so scharf zu ziehen. Denn es gibt Tatbestandsmerkmale, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie zu der einen oder zu der anderen Gruppe zu zählen sind, wie es das Beispiel des Verwandtentotschlages lehrt. Denn das Verwandtschaftsverhältnis ist eine Eigenschaft, die sowohl die Peron des Täters, als auch den Gegenstand der Handlung kennzeichnet. Die Folge wäre nur, daß die Meinungen darüber auseinandergehen, welche Tatumstände als persönliche Eigenschaften, und welche als Handlungseigenschaften anzusehen sind. Binding erblickt z. B. in der Rückfälligkeit eine Handlungseigenschaft, während Olshausen sie als höchstpersönliche Eigenschaft auffaßt[27a]).

Abgesehen davon wäre das Ergebnis auch unbefriedigend. Denn, wenn man sich mit der herrschenden Lehre auf den Standpunkt stellen würde, daß unter die persönlichen Eigenschaften sämtliche Eigenschaften und Verhältnisse fallen, die entweder die Strafe erhöhen oder vermindern, so würde man doch eine Antwort auf die Frage vermissen, warum die Sonderregelung des § 50 StGB sich lediglich auf diese Tatumstände und nicht auch auf die strafbegründenden Eigenschaften und Verhältnisse bezieht.

Eine Betrachtung der zum Teil unter sich völlig zusammenhanglosen Streitfragen läßt vielmehr erkennen, daß Begriff und Wesen der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nicht allein im Wege der Wortauslegung ermittelt werden können. Der Grund dafür liegt vor allem, worauf Krug[28]) mit Recht hinweist, in der unklaren Ausdrucksweise des Gesetzes. Es ist ihm darin beizupflichten, daß „Verhältnisse und Eigenschaften" „die denkbar allgemeinsten und nichtssagendsten Begriffe" sind. Es muß daher untersucht werden, ob § 50 nicht einen allgemeinen Gedanken enthält, der uns Aufschluß über das Wesen der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB gibt und uns zugleich auch die Frage beantwortet, warum sich die

27a) Binding, Grundriß § 70 IV 2; Olshausen § 50, 3.
28) Krug S. 71.

Sonderregelung des § 50 StGB lediglich auf die straferhöhenden und strafvermindernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse erstreckt.

b) Die Auslegung nach der ratio legis.

Seitdem durch die italienischen Juristen des Mittelalters die Teilnahmelehre wissenschaftlich entwickelt worden ist[29]), gibt es auch ein Problem der Zurechnung der besonderen Tatumstände[30]). Das Schrifttum, das sich seitdem im besonderen mit der Frage der Zurechnung der bsonderen Tatumstände beschäftigt hat, hat bereits einen außerordentlichen Umfang angenommen. In der älteren Literatur ist namentlich die Frage erörtert worden, ob es sich bei der Zurechnung der besonderen Tatumstände um ein konstruktives oder normatives Problem handelt. Es war streitig, ob die folgerichtige Durchführung der Teilnahmegrundsätze oder die von den einzelnen Tatumständen ausgehende Wertung den für die Zurechnung entscheidenden Gesichtspunkt bildet[31]). Unsere Aufgabe beschränkt sich hier jedoch darauf, das geltende Recht zu erläutern. Die Regelung des geltenden Rechts wird vornehmlich dadurch gekennzeichnet, daß das Gesetz eine Teilung unter den besonderen Tatumständen vornimmt, indem es eine bestimmte Gruppe von Tatumständen als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse der Sonderregelung des § 50 StGB unterstellt. Es ist daher unsere Aufgabe festzustellen, wodurch sich die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB von den übrigen besonderen Tatumständen unterscheiden. Für die Auslegung des § 50 StGB kommen daher für uns nur diejenigen Ansichten in Betracht, die wie das geltende Recht bei der Zurechnung der besonderen Tatumstände zwischen mehreren Gruppen von Tatumständen unterscheiden.

Im einzelnen sind Lösungsversuche unter den verschiedensten Gesichtspunkten unternommen worden. Zu den wichtigsten von ihnen soll im folgenden Stellung genommen werden, insbesondere soweit es sich um Unterscheidungen handelt, die in dem Wortlaut des Gesetzes eine gewisse Stütze zu finden scheinen. Schon bevor die Zurechnung der besonderen Tatumstände einer ausdrücklichen Regelung unterworfen war, wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin vielfach in der Lehre von der speziellen und generellen Teilnahme bei der Zurechnung der besonderen Tatumstände zwischen den persönlich und den allgemein zuzurechnenden Tatumständen unterschieden[31a]). Es spielte hierbei

29) Schaffstein, S. 170.

30) Vgl. Baldus, ad L. 5, non ideo minus Cod. 9. 2. u. 10; Bartolus, ad L. 36, qui servo Dig. 42, 2, Summ. 1.

31) Vgl. z. B. Berner, zur Lehre von der Teilnahme, 1847, S. 107, insbes auch die zusammenfassende Darstellung der älteren Literatur b. Goltdammer, in Arch. f. pr. Strafrecht 8/721 ff.

31a) Vgl. darüber Goltdammer, in Arch. f. pr. Strafrecht, Bd. 8 S. 721 ff.

ebenfalls der Gegensatz von Person des Täters und Gegenstand des Verbrechens mit, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Wertung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nach dem durch sie verkörperten Schuldgehalt. Die Zurechnung der besonderen Tatumstände wurde davon abhängig gemacht, ob letztere ein „rein individuelles" oder „generelles" Schuldmoment verkörpern[31b]). Auch nach dem § 50 StGB die Zurechnung der besonderen Tatumstände gesetzlich geregelt hatte, ist die Scheidung der persönlich und der allgemein zuzurechnenden Tatumstände vielfach unter diesem Gesichtspunkt versucht worden. Namentlich bei Geyer[31c]) tritt dieses Bestreben hervor, und auch v. Bar macht die allgemeine Zurechnung der strafbegründenden besonderen Tatumstände davon abhängig, ob sich bei dem Teilnehmer das Gefühl für die Sonderpflicht „mit genügender Stärke" geltend macht[31d]). Wie auch die gemeinrechtliche Lehre nicht zu einer einheitlichen Auffassung darüber gelangt ist, welche besonderen Tatumstände einen individuellen und welche einen generellen Schuldgehalt verkörpern, ist hierüber auch neuerdings keine Übereinstimmung erzielt worden. Abgesehen davon steht diese Unterscheidung auch im Widerspruch mit dem Gesetzeswortlaut. Denn nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut beschränkt sich die Sonderregelung des § 50 StGB auf die strafverändernden besonderen Tatumstände. Mit dieser Begrenzung der Sonderregelung des § 50 StGB steht aber eine Zurechnung der besonderen Tatumstände unter dem Gesichtspunkt der Wertung nach dem durch sie verkörperten Schuldgehalt im unvereinbaren Widerspruch.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern, die durch die Namen Ortmann, v. Buri und Kohler gekennzeichnet wird, geht von dem Gegensatz Subjektiv-Objektiv aus. Der Begriff des Objektiven, auf den bei diesen Unterscheidungen der Nachdruck gelegt wird, wird jedoch nicht immer in dem eindeutigen philosophischen Sinn gebraucht, als Gegensatz des sinnlich Wahrnehmbaren zum lediglich Vorgestellten, dem Subjektiven. Insbesondere bei Ortmann und v. Buri verbindet sich hiermit zugleich die Vorstellung des Gegensatzes von Person des Täters und Inhalt der Handlung.

Unter den älteren Schriftstellern ist vor allem Ortmann[32]) zu nennen, der in seiner Lehre der subjektiv und objektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse begrifflich die Unterscheidung am klarsten in dieser Richtung durchgeführt hat. In der Tat handelt es sich hierbei um einen Gesichtspunkt, der auf den ersten Blick naheliegend erscheint,

31b) Goltdammer, in Arch. f. pr. Strafrecht Bd. 8, S. 835, 837; Hälschner, System des preußischen Strafrechts I 1856 S. 365.

31c) Geyer, in Holtzendorffs Handbuch d. dtsch. Strafr. II S. 362, 363.

31d) v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II S. 658, 667, 668.

32) Ortmann im Arch. f. gem. u. pr. Strafrecht 22/399 ff.

und auf den scheinbar auch der Wortlaut des Gesetzes hinweist. Ortmann faßt den Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse sehr weit. Er versteht darunter nicht nur eine bestimmte Gruppe von Tatbestandsmerkmalen oder sonstigen Tatumständen, die nach Art der Tatbestandsmerkmale für die im Einzelfall verwirkte Strafe von Bedeutung sind. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bilden gleichsam nach ihm einen allgemeinen Oberbegriff, unter den alle strafrechtlich irgendwie bedeutsamen Beziehungen fallen, die rein sprachlich als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse aufgefaßt werden können. So betrachtet er z. B. als persönliche Eigenschaft und als persönliches Verhältnis auch das allgemeine Verbrechenserfordernis des Verschuldens[33]). Er unterscheidet die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse in doppelter Richtung. Nach ihm haben persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse „ihrem rechtlichen Charakter nach" entweder die Bedeutung von Begriffsmerkmalen (essentialia delicti) oder von Strafbarkeitsmerkmalen (naturalia delicti), je nachdem ob der betreffende Tatumstand notwendiges Begriffsmerkmal des Verbrechens ist, oder ob der Tatumstand lediglich eine Strafverschärfung oder eine Strafminderung begründet. Diese Unterscheidung nach Begriffs- und Strafbarkeitsmerkmalen deckt sich somit im wesentlichen mit dem vom Gesetz gemachten Unterschied zwischen strafbegründenden und strafändernden Tatumständen. Daneben unterscheidet er in Bezug auf die „Arten" zwischen objektiv und subjektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen[33a]) § 50 StGB findet nach Ortmann lediglich auf die sog. Strafbarkeitsmerkmale Anwendung, die als subjektiv persönliche Eigenschaften und Verhältnisse anzusehen sind, oder in der Sprache des § 50 ausgedrückt, auf die subjektiv persönlichen straferhöhenden oder strafvermindernden Eigenschaften und Verhältnisse. Die objektiv persönlichen „Strafbarkeitsmerkmale" sind dagegen allen Beteiligten zuzurechnen, jedenfalls ist nach Ortmann de lege ferenda die persönliche Zurechnung auf die subjektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse zu beschränken[34]). Zu den objektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen rechnet er zum Beispiel das Verwandtschaftsverhältnis der Tochter, die auf Anstiftung eines Dritten sich einer Verwandtenkörperverletzung schuldig macht, während er zu den subjektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen z. B. den Rückfall, die Jugend, den Strafmilderungsgrung der Kindestötung und die Überlegung beim Mord zählt[35]). Wie z. B. ein Fremder, der eine Tochter zum Beischlaf mit ihrem Vater bestimmt, wegen Anstiftung zum Inzest zu bestrafen ist, so fordert Ortmann für den Fall der Anstiftung der Tochter durch einen Dritten zur Körperverletzung ihrem

33) Ortmann, S. 391.
33a) Ortmann, S. 90.
34) Ortmann, S. 393/94; vgl. Krug, S. 22.
35) Ortmann, S. 391.

Vater gegenüber ebenfalls Bestrafung des Dritten wegen Anstiftung zur Verwandtenkörperverletzung[36]). Der Grund für die höhere Bestrafung des Dritten liegt nach Ortmann in dem objektiven Charakter des Verwandtschaftsverhältnisses.

Die Begriffsmerkmale unterliegen eigenne Gesetzen. Ebenso wie die subjektiv persönlichen Strafbarkeitsmerkmale unterliegen auch die subjektiv persönlichen Begriffsmerkmale, zu denen er das Verschulden rechnet, einer persönlichen Zurechnung. Zu den objektiv persönlichen Begriffsmerkmalen rechnet Ortmann offenbar die strafbegründenden besonderen Tatumstände. Im einzelnen läßt er sich darüber nicht aus.

Ortmann trägt neben der vom Gesetz vorgenommenen Unterscheidung der besonderen Tatumstände nach der von ihnen ausgehenden Rechtswirkung in diese noch die weitere Scheidung in subjektiv und objektiv persönliche Eigenschaften und Verhältnisse hinein, ohne uns von der Berechtigung einer solchen weiteren Unterscheidung zu überzeugen. Er selbst unterläßt es, uns das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal zu nennen, nach dem sich bestimmt, ob ein Tatumstand als objektiv oder subjektiv persönlich anzusehen ist. Auch die von Ortmann angeführten Beispiele geben uns darüber keinen Aufschluß, denn es ist nicht einzusehen, inwiefern das Verhältnis der unehelichen Mutter zum Kinde subjektiv persönlich, das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Tochter und dem Vater dagegen objektiv persönlich sein soll. Nach Ortmann[37]) sollen zwar zu den subjektiv persönlichen Verhältnissen solche Tatumstände gerechnet werden, die die Willensseite betreffen. Es ist von ihm aber nicht der Nachweis erbracht worden, daß die von ihm als objektiv persönlich bezeichneten Eigenschaften und Verhältnisse im Gegensatz zu den subjektiv persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen nicht auf der Willensseite der Handlung liegen. Vielmehr ist von Redslob[38]) überzeugend dargelegt worden, daß der straferhöhende Umstand des Verwandtschaftsverhältnisses gerade auf einem Willensmoment beruht. Zwar soll nicht geleugnet werden, daß bei den Tatbestandsmerkmalen, die sowohl zur Person des Täters, als auch zum Gegenstand der Handlung in Beziehung stehen, es Tatumstände gibt, die rein gefühlsmäßig betrachtet, mehr nach der einen oder der anderen Seite hinneigen. Aber solange nicht ein brauchbares Unterscheidungsmerkmal festgestellt ist, erscheint die Einteilung in subjektiv und objektiv persönliche Eigenschaften und Verhältnisse willkürlich und ist für die Auslegung des § 50 StGB ohne Wert.

Während Ortmann den angeblich objektiven Charakter gewisser persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse als etwas diesen Immanentes

36) Ortmann, S. 394.
37) Ortmann, S. 394 Anm. 1.
38) Redslob, S. 47, 57.
39) v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung.

ansieht, ist dieser nach v. Buri[39]) gleichsam dynamisch bedingt, nämlich durch den Ablauf des die strafbare Handlung darstellenden Kausalverlaufs. v. Buri unterscheidet bei den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zwischen solchen, die sich im Erfolg „objektivieren" und solchen, die in keiner Beziehung zum Erfolg stehen[40]). Diejenigen Tatumstände, die sich im Erfolg objektivieren, sind allen Teilnehmern zuzurechnen. Denn nach ihm ist als das sämtliche Teilnehmer umfassende Band der allen Beteiligten gemeinsame Erfolg anzusehen[41]). Dieser ist daher allen Teilnehmern zuzurechnen. Diejenigen Eigenschaften und Verhältnisse, die sich nicht im Erfolg objektivieren, sondern lediglich an der Person haften, werden nur dem Beteiligten zugerechnet, in dessen Person sie vorliegen. Zu letzteren zählt v. Buri namentlich die Jugend und den Rückfall[42]). Soweit sich aber ein Tatumstand im Erfolg objektiviert, ist die schwerste Form des Verbrechens für alle Beteiligten maßgebend. Dieses ist, um eins der von v. Buri angeführten Beispiele zu nennen, der Fall, wenn ein Fuhrmann eine ihm anvertraute Sache unterschlägt, oder ein Goldarbeiter Kupfer für Gold verkauft[43]). Für die Tatumstände, die sich im Erfolg objektivieren, kommt es nicht darauf an, ob sie strafbegründender oder strafverändernder Natur sind. Soweit ein Tatumstand strafverändernder Natur ist, bleibt er außer Betracht, es sei denn, daß er bei sämtlichen Beteiligten vorliegt. Denn im ersteren Fall gilt die schwerere Form des allgemeinen Verbrechens als verwirklicht[44]). Für die Kindestötung hätte das z. B. zur Folge, daß bei einer Beteiligung mehrerer der Strafmilderungsgrund des § 217 tGB niemals berücksichtigt werden könnte. Als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne dse § 50 StGB kommen nach v. Buri somit nur solche Tatumstände in Betracht, die sich nicht im Erfolg objektivieren.

Man erkennt hier wie auch sonst bei v. Buri das Bestreben wieder, alle Erscheinungen aus der Kausalität zu erklären. Denn nach einer Kausalitätstheorie, nach der jeder, der eine Bedingung um Erfolg setzt, den ganzen Erfolg verursacht, ist jeder Beteiligte für den vollen Erfolg verantwortlich. v. Buri bestimmt den Begriff des „Sich-im-Erfolg-objektivierens" nur negativ. Eine Objektivierung im Erfolg liegt nach ihm dann nicht vor, wenn eine persönliche Eigenschaft oder ein persönliches Verhältnis „mit dem Objekt der Handlung in keine Berührung kommt"[45]). Zwar gibt es Tatumstände, und dazu gehört zweifellos die Jugend, die in erster Linie die Person des Täters kennzeichnen, die andererseits aber nicht völlig von dem Erfolg der Hand-

40) v. Buri, S. 12.
41) v. Buri, S. 12 und 95.
42) v. Buri, S. 12; vgl. auch Redslob, S. 30.
43) Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 sah im Gegensatz zum StGB wegen der besonderen Eigenschaften dieser Personen eine höhere Bestrafung vor.
44) v. Buri, S. 13; vgl. Krug, S. 10.
45) v. Buri, S. 12.

lung hinwegzudenken sind, ohne daß dessen Inhalt verändert würde. Es ist Redslob[46]) darin zuzustimmen, daß es nicht einzusehen ist, inwiefern sich die Eigenschaft des Täters als Goldarbeiter anders im Erfolg objektivieren sollte, als z. B. die Jugend oder die Rückfälligkeit[47]). Unter Objektivierung kann der eigentlichen Wortbedeutung entsprechend mit Redslob[48]) nur die Verwirklichung in der äußeren Sinnenwelt verstanden werden, d. h. aber, auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bezogen, um mit Birkmeyer[49]) zu reden, daß „die persönliche Qualifikation" sich nur dann im Erfolge „objektiviert" hat, „wenn die besondere persönliche Eigenschaft des Mitwirkenden sich so im Erfolg abgelagert hat, daß dieser Erfolg bestehen bleibt, wenn wir ihn uns auch gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachten. Erscheint uns dagegen der Erfolg als ein verbrecherischer überhaupt oder doch als ein besonders ausgezeichneter nur dann, wenn wir uns eine bestimmte Persönlichkeit als Ursache vorstellen, so können wir auch nicht sagen, daß deren persönliche Eigenschaften sich im Erfolg objektiviert haben." Wie schon erwähnt, macht es vom Standpunkt des sinnlich wahrnehmbaren Erfolges aus betrachtet, keinen Unterschied, ob die Handlung von einem Goldarbeiter oder von einem Jugendlichen begangen worden ist. Im Falle eines Verwandtentotschlages oder einer Kindestötung liegt objektiv betrachtet, in beiden Fällen nur die Tötung eines Menschen vor[50]). Die persönliche Eigenschaft des Täters, die in dem einen Fall das Vorliegen eines Verwandtentotschlages begründet, in dem anderen aber das Vorliegen einer Kindestötung, sind also nicht im Erfolg objektiviert[51]). Damit ergibt sich, daß v. Buri ein Unterscheidungsmerkmal verwendet, das sich als tatsächlich undurchführbar erweist.

Im Gegensatz zu Ortmann und v. Buri läßt bei Kohler[52]) nicht auch schon die Art der Formulierung, jedenfalls nicht auf den ersten Blick, erkennen, daß auch die von ihm vorgenommene Unterscheidung der persönlich und der allen Beteiligten zuzurechnenden Tatumstände letzten Endes auf dem Gegensatz Subjektiv-Objektiv beruht.

Nach Kohler[53]) ist bei den besonderen Tatumständen zu unterscheiden, ob die persönliche Beziehung des Täters eine besondere, gerade nur für diesen Täter bestehende Rechtspflicht begründet, oder ob die Rechtspflicht eine allgemeine, von jedermann zu „respektierende" ist. Die

46) Redslob, S. 31.
47) Redslob, S. 32.
48) Redslob, S. 32.
49) Birkmeyer, S. 74.
50) Birkmeyer, S. 75.
51) A. A. Krug, S. 20.
52) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1, S. 150 ff. und im Arch. f. Strafrecht, Bd. 51, S. 173/74.
53) Kohler, Studien, S. 135 ff.

persönliche Beziehung hat dann lediglich die Bedeutung, daß sie die „Erreichbarkeit" des zu verletzenden Rechtsgutes für eine bestimmte Person begründet. Dabei deckt sich diese Unterscheidung nicht mit der Unterscheidung des § 50 StGB in straferhöhende bzw. strafvermindernde Tatumstände einerseits und strafbegründende Tatumstände andererseits[54]). Es tritt daher nach Kohler unabhängig vom Wortlaut des § 50 StGB Straflosigkeit ein, wenn es sich um einen strafbegründenden Tatumstand handelt, dessen Vorhandensein erst das Vorliegen des zu schützenden Rechtsgutes bewirkt. Wenn dagegen ein Tatumstand, der eine besondere Rechtspflicht begründet, die Strafe erhöht oder vermindert, handelt es sich um Rechtsgebiete, die für alle Personen verletzlich sind, bei denen aber der einen Person ein „stärkeres ethisches Soll entgegenschlägt als der anderen"[55]).

Zu den persönlichen Beziehungen, die ein zu schützendes Rechtsgut erst begründen, rechnet Kohler z. B. die Beamteneigenschaft, sowie auch die Verwandtschaft beim Verwandtentotschlag und das Verhältnis der unehelichen Mutter bei der Kindestötung[56]). Die Eigenschaften und Verhältnisse, die lediglich die Erreichbarkeit des zu verletzenden Rechtsgutes für einen Dritten begründen, sind, wie z. B. das männliche Geschlecht bei der Notzucht[57]), allen Beteiligten zuzurechnen. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB sind also nach Kohler nur diejenigen Tatumstände, die die Rechtspflicht zur Entstehung bringen, überhaupt, wenn es sich um eine strafbegründende Eigenschaft handelt, oder in dem besonderen Grad, wenn die persönliche Eigenschaft strafverändernder Natur ist.

Bei der Unterscheidung Kohlers zwischen Sonderpflicht und bloßer Erreichbarkeit ist zu berücksichtigen, daß die Sonderpflicht als Erscheinung in der Rechtswelt immer nur etwas Gedachtes, also Subjektives sein kann. Demgegenüber bedeutet die Erreichbarkeit, wenn damit der Inhalt von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen gekennzeichnet werden soll, daß die der persönlichen Beziehung teilhaftige Person dank des zwischen ihr und dem zu erreichenden Gegenstand bestehenden Verhältnisses in der Lage ist, eine Beziehung zwischen sich und dem Gegenstand herzustellen. Wie die Beziehung selbst nur tatsächlichen Inhalts sein kann und somit der äußeren Sinnenwelt angehört, gilt das Gleiche für die Fähigkeit, diese Beziehung herzustellen. Wie jene ist also auch diese objektiv. Kohler sagt über den Begriff der Erreichbarkeit selbst: „Denn hier handelt es sich um faktische Umstände, welche nur die Erreichbarkeit des betreffenden Objekts in Frage stellen"[58]).

54) Kohler, Studien, S. 137/38.
55) Kohler, Studien, S. 133.
56) Kohler, Studien, S. 135/34.
57) Kohler, Studien, S. 133 und Arch. S. 173.
58) Kohler, Studien S. 138.

Kohlers Ausführungen lassen nicht erkennen, wann im einzelnen Fall eine persönliche Beziehung eine Sonderpflicht, und wann sie nur die Erreichbarkeit begründet. Auch die von ihm angeführten Beispiele geben darüber keinen Aufschluß. Abgesehen davon müssen wir auch die von Kohler an diese Unterscheidung geknüpften Folgerungen ablehnen. Es kann ihm nicht darin beigepflichtet werden, daß z. B. die Amtsverbrechen auf einer Verletzung subjektiver, nur für den Beamten bestehenden Amtspflichten beruhen. Zutreffend bemerkt vielmehr v. Bar[59]), daß sich bei den Sonderverbrechen das Strafgesetz keineswegs an bestimmte Stände allein richtet, daß im Gegenteil alle auch sonst durch das Strafgesetz gebundenen Personen dieser Strafbestimmung unterworfen sind. Das gilt besonders, falls sie durch Vermittlung einer entsprechend befähigten Person in die Lage kommen, das Strafgesetz zu verletzen. Wenn auch die Erfüllung der nur bestimmten Personen auferlegten Verpflichtung, so führt er weiter aus[60]), nur von diesen Personen verlangt werden kann, obliegt die Achtung vor jenen Pflichten jedermann[61]).

Der Begriff der Sonderpflicht kehrt auch bei Nagler in seiner Abhandlung über „Die Teilnahme am Sonderverbrechen" wieder. Mit Recht bemerkt dort Nagler[62]), daß der Gesetzgeber sich der Aufnahme persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse als Tatbestandsmerkmale in den Verbrechenstatbestand besonders dann bedient, wenn er das persönliche Herrschaftsgebiet einer Rechtsnorm auf bestimmte Personen beschränkt wissen will. Im Gegensatz zu Kohler kann nach Nagler nur bei den strafbegründenden Tatumständen von einer Sonderpflicht gesprochen werden[63]). Weiter beschränkt Nagler die aus der Sonderpflicht folgende „Nichtvinkulierung des Extranen" lediglich auf die Täterschaft[64]). Im Gegensatz zu Kohler verwendet Nagler also den Begriff der Sonderpflicht nur als konstruktiven Gesichtspunkt zur Erklärung des bestehenden Rechtszustandes und versucht nicht, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes die besonderen Tatumstände danach zu gruppieren und ihre Zurechnung davon abhängig zu machen, ob ihr Vorliegen eine Sonderpflicht begründet oder nicht.

Es ist also verfehlt, den Gesichtspunkt der Sonderpflicht in die Unterscheidung der persönlich und der allen Beteiligten zuzurechnenden Tatumstände hineinzutragen. Das Bestehen einer Sonderpflicht kann nur, wie es auch Nagler tut, bei den strafbegründenden besonderen Tatumständen angenommen werden und ist auch nur auf die täterschaftliche Verbrechensbegehung von Einfluß. Der Teilnehmer da-

59) v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II. S. 637.
60) v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II. S. 658.
61) So auch Nagler, s. unten S. 40 ff.
62) Nagler, S. 26.
63) Vgl. Nagler, insbes. S. 26 ff.
64) Nagler S. 47.

gegen macht sich strafbar, auch wenn er durch die Sonderpflicht nicht gebunden ist[65]).

Die Ansichten, zu denen wir bisher Stellung genommen haben, sahen alle in den besonderen Tatumständen eine fest umrissene, durch ihren Inhalt gekennzeichnete Gruppe von Tatumständen. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB unterscheiden sich nach ihnen von den übrigen besonderen Tatumständen durch eine nur ihnen eigene inhaltliche Besonderheit. Nach ihnen bildet § 50 StGB eine lediglich die besonderen Tatumstände betreffende Sonderbestimmung. Im Gegensatz zu ihnen erblickt Krug[66]) und auf dessen Ansicht aufbauend auch Redslob[67]), im § 50 StGB die sich auf sämtliche Tatumstände beziehende Bestimmung, die allgemein die Zurechnung der Tatumstände schlechthin bei der Beteiligung mehrerer an einer Straftat zum Gegenstande hat. Den Begriffen „Eigenschaften und Verhältnisse" kommt nach Krug keine Bedeutung zu[68]). Der Nachdruck ist vielmehr auf das Wort „persönlich" zu legen. Die nach Krug mißverständliche Ausdrucksweise des Gesetzes ist darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber das Problem wegen der mangelnden wissenschaftlichen Bearbeitung noch nicht mit der notwendigen begrifflichen Schärfe zu formulieren vermocht hat[69]). Aus dem Worte „persönlich" und der Rechtsfolge des § 50 StGB folgt nach Krug, daß § 50 StGB eine Bestimmung allgemeiner Art darüber hat treffen wollen, welche Tatumstände persönlich und welche allen Beteiligten zuzurechnen sind.

Krug geht, wie er betont[70]), im Gegensatz zur früheren Doktrin von den Tatumständen aus. Er versteht darunter die Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens[71]). Auch er unterscheidet entsprechend der in der allgemeinen Verbrechenslehre üblichen begrifflichen Unterteilung des Verbrechens zwischen dem objektiven und subjektiven Tatbestand, freilich, und darin liegt eines der besonderen Wesensmerkmale seiner Lehre, nimmt er die Abgrenzung zwischen dem objektiven und subjektiven Tatbestand in einer bisher lediglich ihm eigenen Weise vor. Der objektive Tatbestand umfaßt nach Krug alle Verbrechensmerkmale mit Ausnahme des Vorsatzes, dieser allein gehört dem subjektiven Teil an. Der Wille „als Grund und untrennbarer Teil der sinnfälligen Wirksamkeit" dagegen gehört dem objektiven Tatbestand an[72]).

---

65) Vgl. Nagler S. 119 ff. und 134 ff.
66) Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer.
67) Redslob, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern.
68) Krug S. 35.
69) Krug S. 71.
70) Krug S. 4.
71) Krug S. 1.
72) Krug S. 28.

Der objektive Tatbestand des Verbrechens setzt sich nach Krug aus drei Arten von Tatumständen zusammen. Wie die Straftat in die drei Begriffe Wille, Handlung und Erfolg zerfällt, gibt es entsprechend auch drei Arten von Tatumständen, nämlich Willens-, Handlungs- und Erfolgsumstände[73]).

Unter Willen im Gegensatz zum Vorsatz versteht Krug[74]) die Ursächlichkeit des Willens an sich, „als seelische Kraft und Träger der existenten Handlung". Da die Schuld des Willens in dem Verhalten des Willens zu den als Motive von außen an ihn herantretenden Reizen besteht, ist, wie Krug weiter ausführt, der Grad der Schuld durch die beiden „produktbildenden Faktoren", die Willenskraft und die auf dieselbe einwirkenden Motive bedingt. Umstände, die in dieser Weise auf die Schuld und Strafbarkeit ihre Wirkung ausüben, bilden die sog. Willensumstände. Dahin rechnet Krug einmal die sich auf die Willenskraft beziehenden Fälle, in denen die erhöht oder verminderte Widerstandsfähigkeit oder Widerstandskraft der Berücksichtigung bedarf, wie z. B. der strafvermindernde Umstand des jugendlichen Alters. Im Gegensatz zu den sich auf die Willenskraft beziehenden Tatumständen ist die Unterscheidung bei den Motiven als dem anderen „schuldbegründenden Faktor" keine quantitative, sondern eine qualitative, nach guten und schlechten[75]). Hierher gehören nach Krug die Absichtsverbrechen. Darunter versteht er im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch nur diejenigen Straftaten, bei denen die Absicht des Täters auf eine bestimmt geartete Charakterveranlagung schließen läßt, wie im Falle des § 235 III StGB (Kindesraub, in der Absicht, die minderjährige Person zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken usw. zu gebrauchen). Zu den Willensumständen gehört nach Krug auch der Affekt und der Vorsatz[76]).

Die Handlung bildet nach Krug „die Vermittlung des Willens mit dem Erfolge in Raum und Zeit". Dieser ihrer Funktion entsprechend bildet die Handlung das eigentlich „Sinnfällige". Die Handlungsumstände bilden also die sinnlich wahrnehmbaren Tatumstände, in denen sich der verbrecherische Wille nach außen hin verkörpert. Zwar gehören dieser Gruppe die meisten Tatumstände an, doch sind für die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände nur diejenigen Handlungsumstände von Bedeutung, „in denen die Absicht des Gesetzgebers zutage tritt, den gegebenen Verbrechenstatbestand weiter auszugestalten, wie z. B. der Umstand des Einsteigens beim Diebstahl.

Der Begriff Erfolg endlich ergibt sich für Krug aus folgender Erwägung. Jede Willensäußerung setzt eine „unendliche Kausalreihe in Ablauf". Der Gesetzgeber hat durch die Umschreibung des Tatbestan-

73) Krug S. 34, 35, 38.
74) Krug S. 40.
75) Krug S. 43.
76) Krug S. 49.

des einen bestimmten Punkt aus der Kausalreihe herausgegriffen und diesen damit als Grenze der Handlung festgesetzt. Damit ist „die letzte der strafrechtlich relevanten Kausalität" bestimmt, und damit ergibt sich zugleich der Begriff des strafrechtlichen Erfolges[77]). Jeder strafrechtlich erhebliche Erfolg enthält die Verletzung eines Rechtsgutes, und jedes neue Strafgesetz schafft ein neues Rechtsgut, sofern es nicht eine bloße Abweichung in Willens- oder Handlungsumständen bildet[78]). Soweit aber eine Erhöhung oder Verminderung der Strafbarkeit nicht in Willens- oder Handlungsumständen ihren Grund hat, beruht dieselbe nach Krug auf einer Eigenart des Erfolges. Als Beispiel dafür nennt er die größere Schutzbedürftigkeit des Rechtsgutes wegen besonderer Stärke des Angriffs oder wegen einer besonderen Schwäche des angegriffenen Objektes[79]). Weiter ist hier die verschiedene Wertung eines Rechtsgutes zu rechnen. Als Beispiel einer höheren Bewertung nennt Krug die Monarchenqualität und als Beispiel einer geringeren Einschätzung, die bis zur völligen Versagung des Rechtsschutzes führen kann, unter anderem auch die Notwehrhandlung. Endlich sind hier noch die Fälle zu nennen, in denen der Erfolg die Verletzung mehrerer Rechtsgüter enthält. Das ist nach Krug z. B. beim Verwandtentotschlag der Fall[80]). Der durch die Ausführung des Verwandtentotschlages herbeigeführte Erfolg enthält nach Krug einmal die Vernichtung eines menschlichen Lebens und zum andern die Verletzung der kindlichen Pietät.

Die Behandlung der Tatumstände ist eine verschiedene, je nachdem, welcher dieser drei Gruppen ein Tatumstand angehört. Krug stellt es dabei, wie Redslob[81]) zutreffend bemerkt, auf die kausale Beziehung ab, die zwischen dem Tatumstand und der Person des Täters besteht, und zwar ist eine Handlung einem Beteiligten persönlich zuzurechnen, wenn nur er und nicht ein anderer Beteiligter Urheber dieser Handlung ist[82]). Die Besonderheit bei der Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen besteht nach Krug im Gegensatz zur Alleintäterschaft darin, daß mehrere selbständige Willen sich zur Herbeiführung eines einheitlichen Erfolges vereinigen[83]). Daraus ergeben sich nach Krug für die Zurechnung der einzelnen Tatumstände folgende Grundsätze: Die Willensumstände wirken stets nur persönlich, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie strafbegründend oder strafverändernd sind. Da der Wille an die Persönlichkeit geknüpft ist, ist nach Krug eine Gemeinsamkeit des Willens nicht denkbar. Die Erfolgsumstände dagegen wir-

77) Krug S. 54.
78) Krug S. 54.
79) Krug S. 55.
80) Krug S. 50.
81) Vgl. Redslob S. 16.
82) Krug S. 36.
83) Krug S. 36.

ken stets allgemein. Denn das Zusammenwirken zu einem Erfolg vereinigt die sämtlichen Teilnehmer[84]). Bei den Handlungsumständen ist zu unterscheiden, ob sie vor oder nach dem Vereinigungspunkt der gemeinsamen Tätigkeit liegen. Darunter versteht Krug den Zeitpunkt, von dem ab die Handlung bei mehreren Beteiligten als die Wirkung mehrerer übereinstimmender und in derselben Wirkung zusammentreffender Willen erscheint. Bei der Anstiftung ist z. B. die Handlung des Täters die Wirkung der übereinstimmenden Willen von Täter und Anstifter[85]). Im Falle eines Diebstahls mit Einbruch ist der Gehilfe z. B., der nur zur Wegnahme, nicht mit zum Einbruch Hilfe geleistet hat, nur wegen einfachen Diebstahls zu bestrafen, obwohl er von dem Einbruch wußte.

Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB sind nach Krug somit nur die Willensumstände und die Handlungsumstände, soweit sie vor dem Vereinigungspunkt liegen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie strafbegründender oder strafverändernder Natur sind.

Auf dem Wege der Kritik an der Lehre Krugs gelangt Redslob zu dem Ergebnis, daß die Handlungsumstände i. S. Krugs niemals persönlich zuzurechnen sind. Redslob teilt die Tatumstände, wenn wir wie bisher allgemein die strafrechtlich bedeutsamen Umstände darunter verstehen, entsprechend der in der Lehre üblichen Zweiteilung in Umstände ein, die dem subjektiven und dem objektiven Verbrechenstatbestand angehören. Erstere nennt er ebenfalls Willensumstände und letztere bezeichnet er in Abweichung von unserem Sprachgebrauch als „Tatumstände". Nach Redslob umfaßt, der allgemeinen Auffassung entsprechend, der objektive Tatbestand nur die Tat als sinnlich wahrnehmbare Erscheinung der Außenwelt. Im übrigen handelt es sich bei den Verbrechensmerkmalen um Willensumstände, die dem subjektiven Teil des Verbrechens angehören.

Der Begriff Eigenschaften besagt nach Redslob[86]), daß von einem Gegenstand gewisse Wirkungen ausgehen, und der Begriff Verhältnisse ist demgegenüber lediglich der Oberbegriff und hat keine besondere Bedeutung. Der Nachdruck ist vielmehr auf das Begriffsmerkmal „persönlich" zu legen, welches nach Redslob den Gegensatz zur Tat bedeutet. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse sind also nach Redslob „alle Wirkungen, die von einer Person ausgehen". Darunter versteht er dann die Willensumstände im Gegensatz zu den „Tatumständen"[87]), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie strafverändernd oder strafbegründend sind.

84) Krug S. 36.
85) Krug S. 37.
86) Redslob S. 14.
87) Redslob S. 56.

Redslob weist an einer Summe von Tatbestandsmerkmalen nach, daß der Grund für die Erhöhung bzw. Verminderung der Strafbarkeit ein diese Handlung auslösendes Willensmoment bildet, und findet darin die Richtigkeit seiner Auffassung bestätigt.

Bei den Willensumständen unterscheidet er in Anlehnung an Krug zwei Gruppen:

Einmal die Willensumstände, bei denen die „Intensität des verbrecherischen Willens" den Schuldgrad beeinflußt[88]). Er führt dazu aus: „Entweder haben die deliktischen Motive eine besondere Stärke. Diese kann sich einerseits darin manifestieren, daß die Motive des Verbrechens die Gegenmotive überhaupt nicht oder nur in sehr beschränktem Maße aufkommen lassen." Als Beispiel dafür nennt er die Gewohnheitsmäßigkeit. Die Intensität des verbrecherischen Willens kann sich anderseits auch darin zeigen, daß „der Täter die Motive für und wider das Verbrechen ganz besonders eingehend geprüft hat", und daß trotzdem die verbrecherischen Motive das Übergewicht erhalten, wie im Falle der Überlegung. Umgekehrt gibt es nach Redslob auch Umstände, die erkennen lassen, daß die verbrecherischen Motive nicht besonders stark sind. Das ist z. B. der Fall, wenn wegen mangelnden Alters, wie im Falle der Jugend, das Vorstellungsleben noch nicht voll entwickelt ist, oder wenn die Gegenmotive wegen besonderer Umstände nicht hinreichend zur Wirksamkeit gelangt sind. Dahin rechnet er auch das jugendliche Alter und die Störung des seelischen Gleichgewichts der unehelichen Mutter infolge der Geburt.

Die andere Gruppe bilden diejenigen Willensumstände, bei denen der Schuldgrad durch den „Inhalt des verbrecherischen Willens" beeinflußt wird. Diese zerfallen wieder in zwei Untergruppen. Bei der einen Gruppe dieser Willensumstände erhöht sich die Strafe, weil bei einem Teilnehmer ein besonderes „Gegenmotiv" vorlag, welches ihn von der Begehung der Tat hätte abhalten sollen, wie das Verwandtschaftsverhältnis beim Verwandtentotschlag. Bei der anderen Gruppe liegt der Grund der Straferhöhung darin, daß der Täter aus besonders „verwerflichen Motiven" gehandelt hat. Als Beispiel dafür nennt Redslob den Fall der schweren Urkundenfälschung des § 268 StGB (Absicht, einem anderen einen Vermögensnachteil oder Schaden zuzufügen) im Gegensatz zur einfachen Urkundenfälschung. Entsprechend den Straferschwerungsgründen gibt es umgekehrt auch solche, die eine Strafminderung bewirken, wie das Beispiel des § 313 II StGB zeigt (Herbeiführung einer Überschwemmung zum Schutze eigener Sachen).

Krug ist zunächst entgegenzuhalten, daß er den Wortlaut des Gesetzes völlig außer acht läßt. Zwar ist ihm darin beizupflichten, daß

88) Redslob S. 45.

die Begriffe Eigenschaften und Verhältnisse sehr unbestimmt sind. Mit Krug darf aber noch nicht gefolgert werden, daß diese Ausdrücke deshalb nichts besagen. Entsprechend der tatsächlichen Wortbedeutung kann man nur bestimmte Tatumstände als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse bezeichnen. Auf Tatbestandsmerkmale wie das Einsteigen beim Diebstahl bezieht sich daher § 50 StGB schon aus rein sprachlichen Gründen nicht. Dem Einwande Krugs, daß es auf den Wortlaut des Gesetzes nicht ankäme, weil der Gesetzgeber wegen der mangelnden wissenschaftlichen Bearbeitung des Problems nur habe umschreiben, die Auslegung im einzelnen aber der Wissenschaft überlassen wollen, muß entgegengehalten werden, daß dann dem § 50 StGB jede Gesetzeskraft versagt werden müßte. Der Gesetzgeber kann nicht lediglich ein Problem andeuten, dessen Inhalt und Umfang von ihm selbst nicht erkannt worden ist. Zwar ist der Wortlaut des Gesetzes nicht schlechthin entscheidend. Das darf jedoch nicht dahin führen, jede Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut zu leugnen[89]). Der Wortlaut des Gesetzes hat nur dann zurückzutreten, wenn dieser im Widerspruch mit den Grundsätzen materieller Gerechtigkeit steht[90]). Daß aber aus Gründen der Gerechigkeit eine Regelung zu fordern ist, wie sie Krug vorschlägt, kann keineswegs zugegeben werden. Es würde nach ihm, wie Redslob zutreffend gegen Krug bemerkt[9]), jemand, der bei einem Einbruchsdiebstahl dem Täter in Kenntnis des Einbruchs beim Fortschaffen der gestohlenen Sachen Hilfe leistet, nur wegen Beihilfe zum einfachen Diebstahl zu bestrafen sein. Damit verneint Krug, daß jemand für einen Erfolg zu bestrafen ist, der in seinem Einverständnis durch die Handlung eines Dritten herbeigeführt worden ist. Es ist aber ein in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannter Grundsatz, z. B. für die Mittäterschaft, daß der eine Mittäter für den gesamten Erfolg verantwortlich gemacht wird, obwohl dieser im wesentlichen[92]) oder auch ausschließlich[93]) durch den anderen Mittäter herbeigeführt worden ist. Krug[94]) selbst muß auch zugeben, daß das Ergebnis „völlig neu" und vielleicht „teilweise unannehmbar" erscheint. Weiter gerät Krug mit seiner eigenen Lehre in Widerspruch[95]), wenn er die persönliche Zurechnung der Willensumstände schlechthin fordert[96]), denn, wie Redslob bemerkt[97]), ist eine ursächliche Beziehung zwischen der Tat eines Dritten und einem Willensumstand in der Person eines anderen Beteiligten sehr wohl denkbar. Zur Begründung weist

89) Vgl. darüber Schaffstein in Dt. Recht v. 10. 8. 1934, S. 351.
90) Schaffstein, a. a. O. S. 350.
91) Redslob S. 26.
92) Vgl. Rixius S. 34.
93) So zutreffend Oetker GS. 89/191, 195.
94) Krug S. 66.
95) So zutreffend Redslob S. 23, 24.
96) Redslob S. 24.
97) Redslob S. 24.

Redslob darauf hin[98]), daß jemand einen anderen sehr wohl dadurch zu einer Kindesunterschiebung oder einer Urkundenfälschung bestimmen kann, daß er in ihm eine gewinnsüchtige Absicht oder im zweiten Fall eine Schädigungsabsicht wachruft. Zwar ist Krug insofern beizupflichten, daß die Willensumstände grundsätzlich persönlich zuzurechnen sind. Das beweist jedoch, daß das Unterscheidungsmerkmal zwischen den persönlich und den allgemein zuzurechnenden Tatumständen nicht mit ihm in der vorhandenen oder nicht vorhandenen ursächlichen Beziehung gesehen werden kann.

Redslob mag darin beigepflichtet werden, daß die Straferhöhung oder Strafverminderung in den von ihm angeführten Beispielen auf einem jeweils anders gelagerten Willensmoment beruht. Daraus allein darf jedoch noch nicht mit ihm gefolgert werden, daß die persönlich zuzurechnenden Tatumstände i. S. des § 50 StGB „Willensumstände" im Gegensatz zu den „Tatumständen" i. S. Redlobs sind. Weiter, und darin besteht das stärkste Bedenken gegen seine Lehre, müßte der gleiche Gesichtspunkt, der zur persönlichen Zurechnung bei den straferhöhenden und strafvermindernden Tatumständen führt, folgerichtig zur Straflosigkeit bei den strafbegründenden Tatumständen, zumindest aber zu einer Strafermäßigung führen. Nach geltendem Recht (§§ 48, 49 StGB) findet aber das für den Täter geltende Strafgesetz auch auf den Teilnehmer in vollem Umfange Anwendung[99]). Schon daraus ergibt sich, daß das geltende Recht die Scheidung zwischen den persönlich und den allgemein zuzurechnenden Tatumständen nicht nach Billigkeitserwägungen, ausgehend von den einzelnen Tatumständen, vorgenommen hat. Denn wie das Fehlen eines strafbegründenden Tatumstandes in der Person eines Teilnehmers im Wege der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, hätte das Gleiche auch für die straferhöhenden und strafvermindernden Tatumstände gelten können. Redslob[100]) empfindet dieses selbst und ist sich dessen bewußt, daß seine Lehre insoweit dem Gesetz widerspricht. Er tröstet sich jedoch mit dem Gedanken, daß „in irgendeinem Punkte mit dem Gesetz gebrochen werden" muß. Für uns kommt es jedoch darauf an, das Gesetz zu erläutern, und die Auslegung ist die allein richtige, die in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Gesetzes dennoch den Anforderungen materieller Gerechtigkeit entspricht. Ehe man daher mit dem Gesetze bricht, bleibt vorweg zu prfen, ob eine solche Auslegungsmöglichkeit nicht dennoch besteht.

Zu einem Ergebnis, das sowohl den Anforderungen materieller Gerechtigkeit wie auch den Grundsätzen der Wortauslegung gerecht wird,

98) Redslob S. 24.
99) Vgl. darüber S. 40.
100) Redslob S. 50 Anm. 1.

gelangen wir, wenn wir das die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB von den übrigen besonderen Tatumständen unterscheidende Merkmal darin erblicken, ob ein Tatumstand lediglich einen Strafschärfungs- bzw. Strafminderungsgrund darstellt, oder ob er das Unterscheidungsmerkmal bildet, durch das sich das Spezialdelikt vom Gattungsdelikt unterscheidet[101]).

Zwei Verbrechenstatbestände stehen im Verhältnis des engeren zum weiteren Verbrechen (Spezial- und Gattungsdelikt), wenn beide Tatbestände dem Schutze desselben Rechtsgutes dienen und das engere Verbrechen noch ein weiteres, seinen Tatbestand einengendes Tatbestandsmerkmal aufweist. Unser Strafgesetzbuch kennt mehrere Fälle, in denen das das engere Verbrechen besonders auszeichnende Tatbestandsmerkmal eine persönliche Eigenschaft oder ein persönliches Verhältnis i. S. des § 50 StGB bildet. Hervorzuheben sind insbesondere die Verwandtschaft im Falle des Verwandtentotschlages des § 215 StGB und der Kindestötung des § 217 StGB.

Im Gegensatz zu den besonderen Tatumständen, durch die sich das engere und weitere Verbrechen voneinander unterscheiden, stehen die Tatumstände, die lediglich als Strafschärfungs- und Strafminderungsgründe anzusehen sind. Es handelt sich hierbei um Tatumstände, die nicht in den Tatbestand einer Strafvorschrift aufgenommen worden sind, sondern lediglich die Strafzumessung mitbestimmen[102]). Zu den Strafschärfungs- und Strafminderungsgründen sind die Tatumstände zu rechnen, die schon ihrem Wesen nach eine persönliche Zurechnung fordern, wie die beschränkte Deliktsfähigkeit, der Rückfall, die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit. Sie bilden gleichsam Strafzumessungsgründe mit gesetzlich bestimmtem Strafrahmen. Ebenso gehören zu den Strafschärfungs- und Strafminderungsgründen die sog. mildernden Umstände und fallen daher nicht unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB[103]).

Es ist der herrschenden Lehre darin beizupflichten, daß unter persönlichen Eigenschaften und Verhltnissen nur solche Tatumstände verstanden werden können, die in irgendeiner Beziehung zur Person eines Beteiligten stehen. Es muß sich also immer um Tatbestandsmerkmale handeln, die sich auf die Persönlichkeit des Verbrechenssubjektes als solche beziehen, und die jemanden vor anderen Personen auszeichnen. Der Gegensatz dazu würde, um ein mehrfach genanntes Beispiel zu wiederholen, das Tatbestandsmerkmal des Einsteigens beim Diebstahl sein. Dem Unterschied zwischen den Begriffen persönliche Eigenschaft und persönliches Verhältnis kommt aus den von Binding hervorgehobenen Gründen keine besondere Bedeutung zu[104]).

101) So Cohn in GS. 87/343 ff.
102) Oetker GS 89/202.
103) So auch die h. L., insbes. Frank § 50 I; Krug S. 66; Olshausen § 50, 2 b.
104) Binding, Grundriß § 70 IV 2; vgl. darüber S. 15, 8.

Es fragt sich jedoch, ob sich wirklich ein begrifflich erfaßbarer Unterschied zwischen den besonderen Tatumständen feststellen läßt, die lediglich Strafschärfungs- oder Strafminderungsgründe sind, und solchen, die das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem weiteren und engeren Verbrechen bilden. Der Unterschied könnte zunächst darin erblickt werden, daß der Verbrechenstatbestand des engeren Verbrechens im Gegensatz zum Tatbestand des weiteren Verbrechens außer den gemeinsamen noch weitere Tatbestandsmerkmale enthält, wenn man unter Verbrechenstatbestand den Inbegriff aller Merkmale erblickt, deren Vorliegen einen besonderen Strafrahmen zur Folge hat. In diesem Fall würde unsere Unterscheidung auf das Gleiche hinauslaufen, wie die Unterscheidung der herrschenden Lehre in strafverändernde und strafbegründende Tatumstände. Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß außerdem noch eine innere Beziehung des Unterscheidungsmerkmals zu dem übrigen Verbrechensinhalt gefordert wird. Wie die Ausscheidung der subjektiven Strafbarkeitsmerkmale, wie der Gewerbs- und der Gewohnheitsmäßigkeit usw. zeigt, kann die Unterscheidung nur unter diesem Gesichtspunkt vorgenommen werden. Das Unterscheidungsmerkmal der vorhandenen oder nicht vorhandenen inneren Beziehung tritt zwar äußerlich nicht besonders in Erscheinung. Diese Bedenken treten aber bei der Erwägung zurück, daß das Vorhandensein dieser Beziehung immer dann zu bejahen ist, falls deren Fehlen zu verneinen ist. Wie aber das Beispiel der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit erkennen läßt, ist das Fehlen dieser Beziehung ohne Schwierigkeit festzustellen.

Im Gegensatz zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB stehen also nach unserer Auffassung diejenigen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen darstellen. Einmal fallen demnach nicht unter die persönlichen Eigenschaft und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB alle diejenigen Tatumstände, die schon mit Rücksicht auf die von ihnen ausgehende Rechtswirkung nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und weiteren Verbrechen bilden können, nämlich die strafbegründenden Tatumstände. Aus den gleichen Gründen findet § 50 StGB auch nicht auf die sog. strafausschließenden und strafaufhebenden Tatumstände Anwendung[105]). Zum andern sind es die Tatumstände, denen andere Erfordernisse fehlen, wie die notwendige Beziehung des Tatbestandsmerkmals zum übrigen Verbrechensinhalt. Erforderlich ist, daß das Tatbestandsmerkmal die Person des Täters als solche kennzeichnet. Es muß sich also um einen Tatumstand handeln, der gleichsam unabhängig von der Tat besteht. Aus diesem Grunde fallen auch nicht die Überlegung beim Mord oder die anderen psychischen Tatsachen unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB.

105) Frank § 50 I 2; Olshausen § 50, 1. A. A. RGSt 14/102.

Diese Umstände haben immer eine bestimmte einzelne Tat zur Voraussetzung. Endlich gibt es Tatbestandsmerkmale, die zwar sprachlich als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse angesehen werden könnten, bei denen jedoch diese Beziehung zur Person des Täters im Hinblick auf seine Person etwas Nebensächliches darstellt, wie z. B. bei dem nach dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 schwerer strafbaren Hausdiebstahl und bei der Botenunterschlagung. Das Wesentliche bilden hier die besonderen Verhältnisse, unter denen die strafbare Handlung begangen worden ist, und nicht die besondere Tätereigenschaft. Diese Straftaten weisen eine viel nähere Verwandtschaft mit den Verbrechen auf, bei denen der Ort oder die Zeit der Begehung eine besondere Strafe begründen[106]).

In der praktischen Anwendung führen die von uns entwickelten Grundsätze zu folgenden Ergebnissen. Viel umstritten ist der Strafmilderungsgrund des § 157 I StGB. Danach werden die Eidesdelikte milder bestraft, wenn der Aussagende durch die Angabe der Wahrheit sich selbst der Gefahr einer Strafverfolgung ausgesetzt hätte, oder wenn die falsche Aussage zugunsten eines Verwandten gemacht worden ist, ohne daß der Aussagende über das Recht zur Verweigerung der Aussage belehrt worden ist. Bei den in diesen Fällen zugelassenen Strafmilderungsgründen sind die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nicht das den besonderen Inhalt der Straftat allein begründende Merkmal. Für den Teilnehmer fehlt es an der begriffswesentlichen Zwangslage, in die der Zeuge oder Sachverständige durch den Zwang zur Aussage versetzt wird[107]). Der Begriff der Teilnahme widerspricht dem Unterscheidungsmerkmal, das begriffsnotwendig die allein durch die Täterschaft bedingte Zwangslage enthält. Daraus folgt, daß diese Milderungsgründe nur auf den Täter Anwendung finden, wenn sie bei ihm vorliegen und somit niemals zugunsten der Teilnehmer wegen ihres durch ihre Beschränkung auf die Täterschaft bedingten persönlichen Charakters wirken[108]).

Grundsätzlich sei noch bemerkt, daß die Vermutung dafür spricht, daß ein die erforderliche Beziehung zur Person des Täters aufweisendes Tatbestandsmerkmal als persönliche Eigenschaft oder als persönliches Verhältnis i. S. des § 50 StGB anzusehen ist, falls sich aus einem der oben erwähnten Gründe nichts Gegenteiliges ergibt. Wenn daher vereinzelt bezweifelt worden ist, ob die Elterneigenschaft im Falle des § 221 II StGB (Aussetzung) als persönliche Eigenschaft oder persönliches Verhältnis i. S. des § 50 StGB anzusehen ist, können wir uns dem nicht anschließen. Es sind keine Gründe ersichtlich, die für das Gegenteil sprechen.

106) Vgl. auch Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht 1881 S. 441.
107) So zutreffend Redslob S. 65.
108) Im Ergebnis übereinstimmend die h. L., so auch z. B. RGSt 4/317; 22/106. A. A. Frank § 157 I.

Zusammenfassend gelangen wir nach der von uns vertretenen Ansicht zu folgendem Ergebnis: Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB sind alle straferschwerenden und strafvermindernden Tatumstände, die das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen bilden. Ein straferschwerender bzw. strafvermindernder Tatumstand besitzt diese Eigenschaft, wenn er einerseits die Person des Handlungssubjekts als solche kennzeichnet und nicht allein einen persönlichen Strafzumessungsgrund darstellt, und wenn andererseits die persönliche Eigenschaft oder das persönliche Verhältnis das ausschließliche Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen bildet.

Die Eigenart der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB ist somit nach unserer Auffassung ein ausschließlich konstruktives Merkmal und damit in erster Linie formal rechtlicher Art, im Gegensatz zu den übrigen Ansichten, die die Besonderheit der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB in einer inhaltlichen Eigentümlichkeit dieser Tatumstände sehen. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB werden zwar nicht allein rein formal dadurch bestimmt, ob ihr Vorliegen den ursprünglichen Strafrahmen erweitert oder einengt. Auch wir fordern für die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse eine innere Beziehung zu dem übrigen Verbrechensinhalt. Der Charakter der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB wird jedoch ausschließlich durch ein konstruktives Merkmal bestimmt. Lediglich die Frage, ob ein straferhöhender oder strafvermindernder Tatumstand den konstruktiven Begriff des Unterscheidungstatbestandsmerkmals zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen erfüllt, hängt von der auch von uns geforderten inneren Beziehung zu dem übrigen Verbrechensinhalt ab, und im Gegensatz zu den übrigen von uns behandelten Ansichten kommt dieser inhaltlichen Eigenart gerade die entgegengesetzte Wirkung zu. Während nach diesen Ansichten die inhaltliche Eigenart, z. B. der angeblich objektive Charakter bestimmter besonderer Tatumstände, diesen erst die Eigenschaft der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse verleiht, schließt nach uns lediglich das Fehlen der grundsätzlich bei den strafverändernden Tatumständen vorhandenen inneren Beziehung diese Eigenschaft aus. Unsere Auffassung berührt sich somit auf das engste mit der u. a. von Olshausen vertretenen Auffassung der sog. höchstpersönlichen Eigenschaften. Denn auch Olshausen stellt es auf den zwischen diesen Tatumständen und den übrigen Tatbestandsmerkmalen bestehenden funktionellen Unterschied ab[108a]).

108a) Olshausen § 50, 3; so namentlich Oetker, GS 89/202. In diesem Sinne auch schon Herzog, Zur Lehre von der Teilnahme nach den §§ 47—50 des deutschen Strafgesetzbuches. In Allg. Dtsch. StrafrechtsZ. 22 (1872)) insbes. S. 273, 274.

II.

Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit des Täters und Teilnehmers nach § 50 StGB.

§ 1.

Täterschaft und Teilnahme nach geltendem Recht.

Die besonderen Tatumstände sind persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, die für die Strafbarkeit einer Handlung von Bedeutung sind. Daraus ergibt sich ihre Eigenart. Wenn mehrere Personen an einer Straftat beteiligt sind, bei denen nicht die gleichen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse vorliegen, fragt es sich, nach wessen Person sich der Charakter der Straftat bestimmt. Diese Eigenart weisen somit sämtliche besonderen Tatumstände auf, sowohl die strafbegründenden wie auch die strafverändernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. § 50 StGB bestimmt demgegenüber, daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern, nur demjenigen „zuzurechnen" sind, bei dem sie vorliegen.

Der Ausdruck „zurechnen" besitzt zwar im strafrechtlichen Sprachgebrauch eine bestimmte Bedeutung. Man spricht im Strafrecht im allgemeinen von Zurechnung nur im Zusammenhang mit einem schuldhaften Verhalten[109]). Der Ausdruck wird hier jedoch nicht in diesem besonderen Sinn gebraucht und bedeutet hier nicht etwa „Zurechnung zur Schuld" i. S. von Verschulden[110]). § 50 StGB will lediglich die Zweifelsfrage lösen, die sich ergibt, wenn in der Person des einen Beteiligten ein besonderer Tatumstand vorliegt, in der Person des anderen aber nicht. Er befaßt sich somit lediglich mit der Frage der Erheblichkeit der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und bestimmt damit den Einfluß, der den besonderen Tatumständen bei der Beteiligung mehrerer an einer Straftat zukommt[111]). Der Ausdruck „zurechnen" i. S. des § 50 StGB ist somit gleichbedeutend mit: sind strafrechtlich zu berücksichtigen[112]).

Die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände taucht nur im Falle der Beteiligung mehrerer an einer Straftat auf und bildet somit ein Problem der Teilnahmelehre. Die Frage der Zurechnung der

---

109) Vgl. LpzK. § 50, 4.

110) LpzK. § 50, 4; Olshausen § 50, 7.

111) Frank § 50 I 1.

112) Auch Binding, Grundriß § 70 IV, weist auf die ungenaue Fassung des § 50 GtB hin: „Der letzte Satz ist insofern inkorrekt, als er die Zurechnung und nicht vielmehr die Berücksichtigung dieser Strafbarkeitsmerkmale bei der Bestrafung vorschreibt". Die Entwürfe verwenden daher auch den Ausdruck zurechnen nicht mehr, und § 80 des Entwurfs von 1909 schlägt dafür geradezu die Fassung „sind zu berücksichtigen" vor.

besonderen Tatumstände kann daher immer nur vom Standpunkt einer bestimmt gestalteten Teilnahmelehre aus betrachtet werden. Die Teilnahmelehre und die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände bilden eine Problemeinheit, bei der sich die Betrachtung der einen Frage von der anderen nicht loslösen läßt.

§ 50 StGB enthält seinem Wortlaut nach eine Sonderbestimmung für die besonderen Tatumstände, die als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB anzusehen sind. Das Wesen dieser Sonderbestimmung zu verstehen ist nicht möglich ohne vorherige Beantwortung der Frage, wie sich die Zurechnung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ohne die Sonderregelung des § 50 StGB gestalten würde. Ohne diese Sonderbestimmung würden aber hinsichtlich der besonderen Tatumstände die unser geltendes Recht beherrschenden Teilnahmegrundsätze zur Anwendung kommen. Für die Fortführung unserer Untersuchung bedarf es daher zunächst einer Darlegung dieser Grundsätze selbst.

Bei der Betrachtung der Lehre von Täterschaft und Teilnahme ist immer zu beachten, daß dem Gesetzgeber die Entscheidungsfreiheit darüber zusteht, ob er überhaupt mehrere Formen der Tatbegehung anerkennen will. In diesem Sinne kann man mit M. E. Mayer[113]) sagen, daß der Teilnahmebegriff „durch und durch ein Produkt des Gesetzes" ist. Den Ausgangpunkt jeder Betrachtung bildet daher die gesetzliche Regelung im einzelnen Fall. Das befreit die Rechtslehre zwar nicht von der Verpflichtung zu prüfen, wie weit die positiv-rechtliche Gestaltung der Teilnahmelehre in einer bestimmten Rechtsordnung de lege ferenda Anerkennung zu fordern vermag. Denn auch hierbei handelt es sich um eine der grundlegenden Fragen des Strafrechts, auf die uns nur die Grundstze materieller Gerechtigkeit eine endgültige Antwort zu geben vermögen.

Jedes Verbrechen ist für den Verbrechenserfolg ursächliche und schuldhafte Handlung[114]). Es kommt jedoch häufig vor, daß nicht wie im Normalfall eine Einzelperson, sondern eine Personenmehrheit den Verbrechenserfolg schuldhaft verursacht. In diesen Fällen fragt es sich, ob das Verhalten aller Beteiligten strafrechtlich gleichzuwerten ist[115]) [116]). Legislatorisch ist es durchaus denkbar, wie es z. B. einige europäische Strafgesetzbücher der Gegenwart tun[117]), alle an einer Straftat Beteiligten als Täter des Verbrechens anzusehen. Dabei ist

113) M. E. Mayer Kap. 9 B I 2 (S. 388).

114) Liszt-Schmidt § 48, 1; vgl. auch Birkmeyer, Teilnahme S. 123.

115) Liszt-Schmidt § 129 V; § 47 I u. Anm. 1.

116) Liszt-Schmidt § 29 V: „Was unter logisch-erkenntnistheoretischer (kausaler) Betrachtung gleichwertig ist, braucht es durchaus nicht unter normativer Betrachtung zu sein".

117) z. B. das norwegische Strafgesetzbuch von 1902 und neuerdings auch das italienische Strafgesetzbuch von 1930. Vgl. Liszt-Schmidt § 47 I und v. Dohnanyi S. 98.

hier unter Täterschaft die die Strafbarkeit unmittelbar begründende Verbrechensform zu verstehen, und demgemäß ist der Täter das Verbrechenssubjekt, „dem das Gesetz die regelmäßige Strafe der vollendeten Straftat münzt“[118]) [119]). Andererseits würde es dem Gesetzgeber auch freistehen, wie es auch das StGB in einzelnen Fällen getan hat[120]), gewisse Handlungen, die im Vergleich zur typischen Tatbestandshandlung lediglich vorbereitender oder beihelfender Natur sind, als selbständige Straftaten unter Strafe zu stellen. Das StGB hat sich grundsätzlich weder der einen noch der anderen Methode zugewandt. Es unterscheidet vielmehr zwischen Täterschaft und Teilnahme und kennt damit mehrere Formen der Verbrechensbegehung.

Die Teilnahme unterscheidet sich von der Täterschaft nach geltendem Recht in doppelter Hinsicht. In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, auf eine der grundlegenden Streitfragen der Teilnahmelehre einzugehen, mit der wir uns im folgenden noch eingehender zu beschäftigen haben werden. Es handelt sich hierbei um die Frage der rechtlichen Natur der Teilnahme. Es bestehen in der Hauptsache zwei Auffassungen, die durch die Begriffe intellektuelle Urheberschaft und akzessorische Teilnahme gekennzeichnet zu werden pflegen[121]). Man streitet darüber, ob die Strafbarkeit der Teilnahme „eine originäre, allein durch die Tat des Teilnehmers begründete“[122]) ist oder ob die Teilnahmehandlung lediglich ein „Akzessorium“[123]) der Haupttat bildet. Der Begriff der Akzessorietät ist heute nicht unbestritten. Birkmeyer versteht darunter die umfassendste Form der Abhängigkeit, die das Vorliegen einer sowohl rechtswidrigen als auch schuldhaften Haupttat fordert und mit dem Begriff der Teilnahme von selbst gegeben ist[124]). Die Teilnahmehandlung ist für sich betrachtet nicht rechtswidrig, sie „entlehnt“ vielmehr ihre Strafbarkeit der Strafbarkeit der Haupttat[125]). Der Begriff der Akzessorietät i. S. Birkmeyers ist in der Folgezeit nicht unangefochten geblieben. Nicht nur der Grad der Abhängigkeit in dem von Birkmeyer angenommenen Umfang wurde bestritten. Es finden sich in dem umfangreichen Schrifttum die verschiedensten Abstufungen der Abhängigkeit zwischen Teilnahmehandlung und Haupttat vertreten. Während ein Teil der Lehre den Umfang der Abhängigkeit auf das Vorliegen einer rechtswidrigen Haupttat beschränkt[126]), wird

118) Nagler S. 40.
119) Das StGB verwendet den Ausdruck Täter nicht immer in diesem technischen Sinn und gebraucht ihn an manchen Stellen im Sinn von „Beteiligten“ schlechthin, z. B. in den §§ 51, 54 StGB, vgl. Nagler S. 40 Anm. 2.
120) z. B. in § 49 a und und b.
121) Hoberg S. 10.
122) Binding, Strafr. Abhandl. I S. 329; ferner GS 78/33.
125) Binding, Grundriß § 70 IV 3 b.
124) Birkmeyer, Teilnahme S. 153; VDA II S. 3.
125) Birkmeyer, Teilnahme S. 144.
126) Vgl. darüber Hergt S. 132; Hoberg S. 14.

von anderen auch dieser Grad der Abhängigkeit als noch zu weitgehend abgelehnt. Sie begnügen sich lediglich mit dem Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Haupttat, und andere verlangen sogar nur eine Tatbestandsbezogenheit in der Vorstellung des Teilnehmers[127]). Darüber hinaus wurde auch der weitere Schritt getan und der Akzessorietät, welchen Grad der Abhängigkeit man ihr auch beilegte, jede begriffliche Bedeutung abgesprochen[128]), und M. E. Mayer prägte dafür den bekannten Satz, daß wie die Teilnahme auch die Akzessorietät „durch und durch ein Produkt des Gesetzes ist"[129]), und nichts weiter bedeutet als ein den im einzelnen Fall vom Gesetzgeber bestimmten Grad der Abhängigkeit andeutendes Schlagwort[130]). Infolge einer solchen Auffassung der Akzessorietät kann ihr keine weitergehende Bedeutung beigelegt werden, als ihr im einzelnen Fall vom Gesetzgeber ausdrücklich zuerkannt worden ist.

M. E. Mayer unterscheidet folgende Grade der Abhängigkeit[131]). Er spricht von der minimal-akzessorischen Form der Abhängigkeit, wenn die Strafbarkeit der Teilnahmehandlung lediglich das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Haupttat fordert, von der limitiert-akzessorischen Form, wenn sie darüber hinaus die Rechtswidrigkeit der Haupttat verlangt, und von der extrem-akzessorischen Form, wenn sie, wie es nach geltendem Recht der Fall ist, eine rechtswidrige und schuldhafte Haupttat voraussetzt, und endlich von der hyperakzessorischen Form, die er als durch § 50 StGB ausgeschlossen ansieht, wenn die straferhöhenden und strafvermindernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Täters zugleich den Teilnehmer belasten und entlasten. Lediglich die minimal-akzessorische Form der Abhängigkeit hält er nicht für verwertbar, da sie die Strafbarkeit der Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung zur Folge hätte[132]). Obwohl diese Ausdrucksweise M. E. Mayers dogmatisch sehr bedenklich ist, worauf namentlich Oetker[133]) und v. Hippel[134]) hinweisen, haben sie sich im wissenschaftlichen Sprachgebrauch durchgesetzt.

Diese formale Auffassung der Akzessorietät ist jedoch abzulehnen. Von Akzessorietät darf nur dann gesprochen werden, gleichgültig, in welchem Umfange wir die Strafbarkeit der Teilnahme durch die allgemeinen Verbrechenserfordernisse der Haupttat bedingt sein lassen, wenn wir damit die Vorstellung eines in sich selbständigen Begriffes verbinden. Die Akzessorietät als selbständige Rechtsfolgen auslösender

127) So Hoberg S. 56; M. E. Mayer Kap. 9 B I 2 b Anm. 12 (S. 390).
128) Hoberg S. 56; M. E. Mayer Kapi. 9 B I 2 a (S. 388); Reichle S. 25, 26.
129) M. E. Mayer Kap. 9 B I 2 a (S. 388).
130) Liszt-Schmidt § 47 I.
131) M. E. Mayer, Kap. 9 B V b (S. 391).
132) M. E. Mayer, Kap. 9 B V b (S. 391).
133) Oetker, Denkschrift S. 134.
134) v Hippel II § 31 X (S. 452) Anm. 1.

Rechtsgrund ist auch in den Fällen, in denen der Ort der Tat oder die Begehungsart strafrechtlich erheblich sind, soweit sich feststellen läßt, ernstlich niemals in Zweifel gezogen worden. Das geltende Recht steht, wie mit Rücksicht auf den Wortlaut der §§ 48, 49 StGB heute nahezu allgemein anerkannt wird[135]), auf dem Standpunkte der sog. extrem akzessorischen Form und erblickt in der Akzessorietät eine aus der Teilnahme begrifflich folgende Eigenart i. S. einer „Strafbarkeitsentlehnung". Auch das Reichsgericht hat in Entscheidungen, in denen es auf das Wesen der Akzessorietät eingeht, dem Sinne nach sich auf den Standpunkt der Entlehnungstheorie gestellt[136]).

Der inhaltliche Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme wird durch die auf dem Gebiete der Teilnahme vom geltenden Recht weiter durchgeführte Unterteilung in Anstiftung und Beihilfe gekennzeichnet. Es wäre das Nächstliegende, mit der Umschreibung des Täterbegriffs zu beginnen. Es ist hier jedoch auf eine Eigenart der Systematik unseres geltenden Rechts hinzuweisen. Dieses enthält nämlich keine Begriffsbestimmung der Täterschaft und hat „aus dem Gesamtbereich der für die tatbestandsmäßige Rechtsgutverletzung ursächlichen Verhaltensweisen nur die beiden Formen teilnahmeschaftlichen Verhaltens beschrieben"[136a]), die Anstiftung in § 48 und die Beihilfe in § 49. Es hat somit die Täterschaft als die umfassendste Verbrechensbegehensform gleichsam als Komplementbegriff für alle übrigen Fälle kausaler, schuldhafter Tatbestandsverwirklichung offen gelassen[137]). Wir machen uns hiermit die Auffassung vom „extensiven" Täterbegriff zu eigen, nach der die Teilnahmebestimmungen i. S. eines Regreßverbotes[138]) als Strafeinschränkungsgründe anzusehen sind[139]).

---

135) Birkmeyer, Teilnahme S. 144 ff.; Frank § 48 II 2: „Daß die Anstiftung i. S. der Akzessorietät geregelt ist, kann de lege lata nicht bezweifelt werden". Liszt-Schmidt § 47 I Anm. 3: „Diese akzessorische Natur der Teilnahme nach geltendem Recht kann bedauert, aber nicht geleugnet werden". — A. A. vor allem Kohler, Studien I S. 109 und neuerdings auch v. Hippel II § 31 IX, X (S. 451).

136) Vgl. insbesondere RGSt. 23/175 ff.; namentlich auch RGSt 25/424 ff., 426; Hoberg S. 19.

136)a Liszt-Schmidt § 48, I.

137) In diesem Sinne vor allem Liszt-Schmidt § 48 II und Festgabe für Frank II S. 106 ff. und neuerdings auch das Reichsgericht in RGSt 64/316; 64/370. A. A. die früher vorherrschende Lehre, die zur juristischen Charakterisierung der Täterschaft die Kausalität verwandte und daher von ihrem Ausgangspunkt, dem „restriktiven" Täterbegriff aus betrachtet, in den Teilnahmebestimmungen einen Strafausdehnungsgrund erblickte (vgl. darüber Liszt-Schmidt § 48, I Anm. 1 und die dort befindliche Quellenangabe).

138) Liszt-Schmidt § 29 V und Anm. 6. Dabei hat das Regreßverbot im Gegensatz zu Frank (§ 1 III 2 b) nichts mit der Kausalität zu tun und besagt nur, daß soweit die Teilnahmevoraussetzungen im einzelnen Fall vorliegen, eine Wertung unter dem Gesichtspunkt der Täterschaft nicht möglich ist.

139) v. Dohnanyi S. 97.

Die Anstiftung besteht nach § 48 StGB in der vorsätzlichen Bestimmung eines andern zu der von diesem vorsätzlich[140]) begangenen Straftat[141]). Sie umfaßt also die Fälle, in denen jemand in einem andern den verbrecherischen Entschluß hervorruft und dieser das Verbrechen dann begeht. Die Beihilfe dagegen besteht nach § 49 StGB in der vorsätzlichen Unterstützung eines andern bei dem von ihm begangenen vorsätzlichen[142]) Verbrechen oder Vergehen[143]). Beide Teilnahmeformen liegen infolge des Regreßverbotes nur vor, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen im einzelnen Fall gegeben sind. Alle übrigen Fälle kausaler, schuldhafter Tatbestandsverwirklichung sind dagegen vom Standpunkt des von uns vertretenen extensiven Täterbegriffes aus betrachtet, als Täterschaft anzusehen, wobei noch hervorzuheben ist, daß die sog. mittelbare Täterschaft in dem von uns vertretenen Täterbegriff enthalten ist und daher einer besonderen Begründung im Gesetz nicht bedarf[144]) [145]). Der Begriff der Täterschaft ergibt sich somit für uns aus dem allgemeinen Verbrechensbegriff als der ursächlichen, schuldhaften Tatbestandsverwirklichung von selbst. Dabei ist jedoch zu beachten, worauf bereits Nagler zutreffend hinweist[146]), daß infolge des vom Gesetz geschaffenen Anstifterbegriffes[147]) die Bestimmung des Täterbegriffes immer „einen zum Teil negativen Charakter trägt“[148]). Wir können daher mit Liszt-Schmidt als Täter denjenigen bezeichnen, der „rechtswidrig und schuldhaft bewirkt, daß ein Rechtsgut durch Tatbestandsverwirklichung verletzt oder gefährdet wird, sofern er den Tatbestand nicht durch einen vorsätzlich Handelnden verwirklichen läßt“[149]).

---

140) Nach h. A. ist de lege lata Anstiftung nur zur vorsätzlichen Haupttat strafbar. Im Falle fahrlässiger Begehung der Haupttat liegt u. U. mittelbare Täterschaft auf Seiten des „Anstiftenden“ vor. (Vgl. Frank § 48 II 2; Liszt-Schmidt § 49 I und Anm. 2) A. A. vor allem Binding, Normen II S. 891; Strafr. Abhdl. I S. 361; Grundriß § 70 I 3, 4.

141) Liszt-Schmidt § 49 I.

142) Im Gegensatz zur herrschenden Auffassung hält auch Binding die Beihilfe zur fahrlässigen Haupttat de lege lata für strafbar. Vgl. insbesondere Binding, Grundriß § 64 B II 3, § 70 I.

143) Liszt-Schmidt § 49 II; Frank § 49 I.

144) Liszt-Schmidt § 48 II Anm. 3.

145) Die Tatsache, daß die mittelbare Täterschaft im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, bildet einen Beweisgrund für die Richtigkeit des extensiven Täterbegriffes.

146) Nagler S. 46/47.

147) Vgl. im einzelnen darüber die Ausführungen im folgenden Hauptteil S. 88 ff.

148) Nagler S. 47.

149) Liszt-Schmidt § 48 I. Auch Binding, Grundriß § 70 I A, macht die auf Grund der Teilnahmegestaltung des geltenden Rechts notwendige negative Einschränkung des Täterbegriffes: Täter ist „jeder, der seinen verbrecherischen Willen, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, zur Ausführung gebracht hat, sofern ihm das Gesetz nicht als Anstifter zu fassen zwingt“.

Nicht eine Form der akzessorischen Teilnahme bildet nach der heute allgemein anerkannten Ansicht die Mittäterschaft[150]). Sie ist vielmehr selbständige Täterschaft und stellt lediglich die in dem gemeinsamen Bewußtsein des Zusammenwirkens der mehreren Mittäter begründete Verknüpfung mehrerer selbständiger Täterschaften dar. Sie bildet so mit das Gegenstück zu der dieser Willensgemeinschaft ermangelnden sog. Nebentäterschaft[151]). Von der Mittäterschaft handelt § 47 StGB und bestimmt, daß, „wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", jeder als Täter bestraft wird[152]). Über die Voraussetzungen der Mittäterschaft im einzelnen herrscht in der Rechtslehre die größte Uneinigkeit, und wir kommen damit zu dem bis auf den heutigen Tag mit größter Erbitterung geführten Streit der objektiven und subjektiven Theorie über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Die Abgrenzung der Anstiftung von der Täterschaft bereitet naturgemäß weniger Schwierigkeiten, weil die Anstiftung sich schon durch die Form ihrer „äußeren Erscheinung" von der Täterschaft unterscheidet[153]). Die eigentlichen Auswirkungen dieser in widerstreitenden Prinzipien begründeten Meinungsverschiedenheiten zeigen sich vielmehr an der Stelle, wo die Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme unmittelbare praktische Bedeutung erlangt, nämlich bei der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe. Es würde jedoch den Rahmen unserer Untersuchung überschreiten, auf diese Frage im einzelnen näher einzugehen. Hier genügt es vielmehr, uns den grundsätzlichen Aufbau der die Formen der Verbrechensbegehung betreffenden Bestimmungen unseres geltenden Rechts vor Augen zu führen. Zu einzelnen das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme betreffenden Fragen werden wir im nächsten Abschnitt noch Stellung nehmen.

Für unsere Betrachtung ist namentlich die Feststellung der akzessorischen Natur der Anstiftung und Beihilfe in dem oben dargelegten Sinn von Wichtigkeit. Es ergibt sich für uns daraus die Erkenntnis, daß, wenn die Anstiftung wie die Beihilfe lediglich ein „Akzessorium" der Haupttat bildet, sich der Inhalt der Anstiftungs- und Beihilfehandlung nach der Haupttat bestimmt. Für die besonderen Tatum

150) Liszt-Schmidt § 49 III 3. — A. A. Birkmeyer, Teilnahme S. 148. Gegen Birkmeyer Binding GS 76/99.

151) Oetker GS 89/190, 94/15.

152) Nach § 47 StGB erfordert die Mittäterschaft, wie de lege lata auch allgemein angenommen wird, eine irgendwie geartete Beteiligung des einzelnen Mittäters an der Tatbestandshandlung. (LpzK § 47 2). Die bloße Beteiligung an der Verabredung und Beschlußfassung genügt de lege lata nicht. Vgl. RGSt 56/329). Auch das RG fordert trotz seines subjektiven Standpunktes, den es in der Teilnahmelehre einnimmt, zumindest Anwesenheit am Tatort. Liszt-Schmidt § 48 III 1 Anm. 16 und die dort angegebenen Entscheidungen, insbes. RG in JW 1921/840. A. A. de lege ferenda vor allem Oetker GS 89/190; 94/14. Vgl. auch Binding Strafr. Abhdl. I S. 400.

153) Birkmeyer, Teilnahme S. 116.

stände im besonderen heißt das aber, daß auf Grund der Akzessorietät sich die Handlung des Teilnehmers so darstellt, wie sie durch die in der Person des Täters vorliegenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bestimmt wird. Das ist die notwendige aus der Akzessorietät im Hinblick auf die besonderen Tatumstände zu ziehende Folgerung, wenn wir darunter mit Birkmeyer die für das geltende Recht allein passende Form der Akzessorietät i. S. einer „entlehnten" Strafbarkeit verstehen. Denn, wie mittels der Akzessorietät die Tat des Teilnehmers ihre Strafbarkeit der Haupttat „entlehnt", verleiht diese ihr auch den konkreten Schuldgehalt.

§ 5.

Der Inhalt der Sonderregelung des § 50 StGB.

Wie für die Teilnahmlehre im ganzen bildet auch für die Zurechnung der besonderen Tatumstände als ihr Teilgebiet das Gesetz die entscheidende Grundlage. Legislatorisch ist, worauf namentlich M. E. Mayer[154]) hinweist, eine verschiedene Behandlung des Problems möglich. Es ist denkbar, daß für sämtliche Beteiligte die Straftat als in der Weise begangen gilt, wie sie durch die Person des Täters bestimmt wird oder umgekehrt, daß für den Inhalt der Straftat allein die Person des einzelnen Beteiligten entscheidend ist. Endlich ist auch noch die Ansicht vertreten worden, daß die die schwerste Bestrafung auslösenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ohne Rücksicht darauf, ob sie beim Täter oder auch nur bei einem der Teilnehmer vorliegen, für sämtliche Beteilitge maßgebend sind[155]).

Wenn § 50 StGB die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nur den Beteiligt zurechnet, bei denen sie vorliegen, so bekennt sich damit das geltende Recht zu der extrem-akzessorischen Form der Teilnahme i. S. M. E. Mayers. Die Regelung des § 50 StGB in Ansehung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse steht somit im Gegensatz zu der durch die Akzessorietät bedingten hyperakzessorischen Teilnahmeform. In diesem Sinne also „durchbricht" zweifellos § 50 StGB die Akzessorietät der Teilnahme. Die Sonderregelung des § 50 StGB erschöpft sich aber nicht in dieser rein negativen Wirkung. Wäre das der Fall, so würden zwar persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, soweit sie bei dem Täter vorliegen, nicht auch in Ansehung der übrigen Beteiligten wirken, umgekehrt würde aber ein Tatumstand, der in der Person eines Teilnehmers begründet liegt, niemals strafrechtlich von

154) M. E. Mayer Kap. 9 B I 2 (S. 390, 391).

155) So v. Buri S. 12. Vom Standpunkt seiner Ansicht der sich im Erfolg „objektivierenden" Tatumständen, wenn er das die sämtlichen Beteiligten umfassende „Band" in der „Einheitlichkeit des Erfolges" erblickt.

Bedeutung werden. Nach § 50 StGB sind aber auch die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die nur bei einem Teilnehmer vorliegen, diesem zuzurechnen. Es heißt zwar im § 50 StGB: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe ‚begangen' hat, erhöht oder vermindert usw.". Wie Binding[156]) hervorhebt, sind aber „die gesetzlichen Strafdrohungen auf den Täter gemünzt", sodaß also nur die in der Person des Täters liegenden Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründe Berücksichtigung finden könnten und demgemäß sich die Bedeutung des § 50 StGB in der oben geschilderten negativen Wirkung erschöpfen würde. Die herrschende Lehre faßt jedoch den „Ausdruck „begangen hat" nicht im Sinne von „als Täter begehen" auf[157]). Offenbar ist auch im Gesetz der Ausdruck „begangen hat" nicht in diesem engeren Sinn gebraucht worden. Das beweist der Nachsatz: „sind dem Täter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen", der andernfalls keinen Sinn hätte. Da Täterschaft und Teilnahme Erscheinungsformen des Verbrechens sind, kann man eine Handlung sowohl als Täter wie auch als Teilnehmer „begehen". Somit äußern nach § 50 StGB persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, auch wenn sie nur in der Person eines Teilnehmers vorliegen, eine selbständige strafrechtliche Wirkung. § 50 StGB „durchbricht" somit nicht nur die Akzessorietät, sondern verleiht darüber hinaus den persönlichen Eigenschaften und Vehältnissen eine selbständige strafrechtliche Wirksamkeit. Damit wandelt § 50 StGB die hyperakzessorische Form in die extrem-akzessorische Form um.

Zu demselben Ergebnis wie die herrschende Lehre, allerdings auf dem Umwege der Analogie, gelangt auch Binding[158]).

Neben der Tatsache, daß ohne das Vorliegen einer strafbaren Haupttat auch eine strafbare Teilnahmehandlung nicht denkbar ist, bildet das Hinüberwirken der in der Person des Täters vorliegenden besonderen Tatumstände auf die Teilnehmer die wichtigste praktische Folgerung aus der Akzessorietät. Es ist die Frage aufgetaucht, ob § 50 StGB auch begrifflich die Akzessorietät durchbricht. Ob also der Dritte, der zu einem Verwandtentotschlag anstiftet, an einem Verwandtentotschlag teilnimmt oder lediglich einen einfachen Totschlag begeht. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre[159]) wird die Auffassung vertreten[160]), daß § 50 StGB begrifflich die Akzessorieät unberührt läßt und lediglich einen Strafausgleich vornimmt. Danach nimmt der Dritte, der den Sohn zum Vatermord anstiftet und umgekehrt der Sohn, der einen Dritten zur Tötung seines (des Sohnes)

156) Binding, Grundriß § 70 III 3.
157) Frank § 50 I; Krug S. 15; Redslob S. 12.
158) Binding, Grundriß § 70 III 3 b. S
159) Binding, Grundriß § 70 IV; Frank § 50 II.
160) Mezger § 64 II.

Vaters anstiftet, nur an einem Totschlag teil. Die Sonderregelung des § 50 StGB hat danach nur für die Frage des im einzelnen Fall anzuwendenden Strafrahmens Bedeutung. In diesem Sinne ist auch wohl Nagler[161]) zu verstehen, wenn er sagt: „§ 50 StGB regelt nicht das „Ob", sondern nur das „Wie" der Strafbarkeit, er befindet lediglich darüber, ob das Gattungs- oder Speziesverbrechen den konkreten Strafrahmen darbietet."

Vom Standpunkt unserer Auffassung, nach der die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB die besonderen Tatumstände bilden, die das Gesetz als Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen in dem oben dargelegten Sinne verwendet, erscheint nur eine solche Auslegung des § 50 StGB gerechtfertigt. Denn die Notwendigkeit, einen Strafausgleich vorzunehmen, wird nach unserer Auffassung allein dadurch bedingt, daß das engere und weitere Verbrechen sich durch persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Täters voneinander unterscheiden. Es würde eine mit dem Rechtsgefühl schwer zu vereinbarende Unbilligkeit darstellen, wenn jemand als Teilnehmer nach einer anderen Strafbestimmung mit anderem Strafrahmen zu bestrafen gewesen wäre, als wenn er die Tat als Täter begangen hätte. Die Sonderregelung des § 50 StGB ist somit eine durch die Gesetzesmethodik bedingte Folgerung, die der Gesetzgeber im Interesse einer gerechten Bestrafung ziehen mußte.

§ 6.

§ 50 StGB und die Mittäterschaft.

§ 47 StGB erwähnt unter den Teilnehmren, hinsichtlich deren die Sonderegelung des § 50 StGB Platz greift, neben dem Anstifter und Gehilfen auch den Mittäter. Die Mittäterschaft ist, wie wir bereits ausgeführt haben, im Gegensatz zur akzessorischen Anstiftung und Beihilfe selbständige Täterschaft. Die Tat des Mittäters bestimmt sich daher allein nach dem, was er getan und gewollt hat. Das erst aus der Akzessorietät folgende Hinüberwirken der besonderen Tatumstände vom Täter auf die Teilnehmer entfällt somit für die Mittäterschaft. Die Tat des Mittäters bestimmt sich allein nach seinen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen ohne Rücksicht auf etwaige straferhöhende oder strafvermindernde Tatumstände in der Person eines anderen Mittäters[162]). Das Gleiche gilt auch für die strafbegründenden Tatumstände. Denn Mittäter kann nur sein, wer auch die Sraftat als Alleintäter zu begehen in der Lage gewesen wäre[163]).

161) Nagler S. 97.
162) Binding, GS 71/13; Oetker, GS 89/202.
163) Frank § 47 VI 1; Nagler S. 65 ff., 79.

Die persönliche Zurechnung der besonderen Tatumstände ergibt sich somit aus der Selbständigkeit der Verbrechensbegehungsform von selbst[164]) [165]). Die Anführung des Mittäters im § 50 StGB ist daher, wie allgemein hervorgehoben wird, nicht nur überflüssig, sondern geradezu „irreführend". Denn § 50 StGB ist sowohl seiner Stellung wie auch, wie wir dargetan haben, seinem Inhalte nach eine Ausnahmeregelung. Eine Ausnahmeregelung hat nur dann Sinn, wenn sie etwas bestimmt, was nicht ohnehin schon gilt.

§ 7.

§ 50 StGB und die übrigen besonderen Tatumstände.

Zu beantworten bleibt noch die Frage, nach welchen Grundsätzen sich die Zurechnung der übrigen besonderen Tatumstände bestimmt, wenn man darunter mit uns eine bestimmte, sich durch ihren Inhalt von den übrigen Tatbestandsmerkmalen unterscheidende Gruppe von Tatumständen versteht. Wir können unter den übrigen besonderen Tatumständen zwei Gruppen unterscheiden, einmal diejenigen Tatumstände, denen die inhaltliche Besonderheit fehlt, die nach den obigen Ausführungen die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB begrifflich erfordern, und zum andern diejenigen Tatumstände, die mit Rücksicht auf die von ihnen ausgehende Rechtswirkung nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und weiteren Verbrechen bilden können, nämlich die strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.

Damit daß Tatumstände, die sprachlich als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse anzusehen sind, trotz der von ihnen ausgehenden straferhöhenden oder strafvermindernden Wirkung nicht zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen i. S. des § 50 StGB zu rechnen sind, ist über deren persönliche oder allgemeine Zurechnung noch nichts Abschließendes gesagt. Die Zurechnung dieser Tatumstände ist vielmehr mit der überwiegenden Ansicht, soweit sie § 50 StGB auf diese Tatumstände nicht anwendet, nach selbständigen Grundsätzen zu bestimmen, für die wiederum die besondere Natur dieser Tatumstände entscheidend ist. So werden z. B. die sog. subjektiven Strafbarkeitsmerkmale, wie die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit usw., nur demjenigen zugerechnet, in dessen Person sie vorliegen[166]), und ebenso unterliegt auch die Überlegung beim Mord einer persönlichen Zu-

164) Ausführlich ist zu dieser Frage vor allem auch von Oetker Stellung genommen worden. Vgl. GS 89/182 ff.; 94/1 ff.

165) Aus den gleichen Gründen findet § 50 StGB auch nicht auf die Begünstigung Anwendung, weil diese ebenfalls selbständige Täterschaft ist. (LpzK § 257, 9).

166) Olshausen § 50, 3.

rechnung[167]). Das erfordert schon die Analogie mit der Täterschaft[168]). Diese Gruppe von Tatumständen trägt gleichsam die ihre Zurechnung bestimmende Sondernorm in sich selbst. Es erübrigte sich daher insoweit, für den Gesetzgeber eine ausdrückliche, die Akzessorietät durchbrechende Sonderbestimmung. Das Gleiche gilt auch für die persönlichen Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, wie z. B. die Exterritorialität. Insbesondere ist es verfehlt, wie es z. B. RGSt 14/102 tut, kraft eines Schlusses a minori ad maius aus § 50 StGB die persönliche Zurechnung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe zu folgern[169]). § 50 StGB kommt nur unter der doppelten Voraussetzung zur Anwendung, daß eine persönliche Eigenschaft das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen bildet, und daß deswegen mit Rücksicht auf die Akzessorietät eine allgemeine Zurechnung der Tätereigenschaften Platz zu greifen hätte.

Da die herrschende Lehre das eigentliche Wesen der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB verkannt hat, hat man auch vielfach mittels eines Gegenteilschlusses gefolgert[170]), daß das Gesetz für die strafbegründenden besonderen Tatumstände „gerade entgegengesetzte Regeln angewendet wissen wollte“[171]). Dieser Gegenteilsschluß ist jedoch ebenfalls verfehlt. Wie auch Nagler[172]) hervorhebt, wird hierbei übersehen, daß die grundlegende Bestimmung über die Zurechnung der besonderen Tatumstände in der Akzessorietät zu suchen ist. Im § 50 tSGB ist lediglich eine auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB beschränkte Ausnahmebestimmung zu sehen, die im übrigen die sich aus der Akzessorietät ergebenden Folgerungen unberührt läßt. Daraus folgt insbesondere, daß für die strafbegründenden besonderen Tatumstände nach wie vor die sich aus der Akzessorietät ergebenden Grundsätze gelten[173]).

Insbesondere hat Nagler[174]) dargelegt, daß der durch die strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse begründete Charakter der Sondernorm den sich aus der Akzessorietät ergebenden

---

167) Vgl. Liszt-Schmidt § 50 II 1 Anm. 3; Oetker, GS 89/202 weist mit Recht daraufhin, daß der Gehilfe z. B. niemals „ausführt“ und daß deshalb die sich an die Überlegung knüpfende Strafschärfung auf ihn keine Anwendung finden kann.

168) Frank § 50 II 1.

169) Olshausen § 50, 3.

170) Vgl. Nagler S. 97 und die dortige Quellenangabe.

171) Nagler S. 97.

172) Nagler S. 97.

173) Die Frage, wie sich die Rechtslage nach den unser Strafgesetzbuch beherrschenden Teilnahmegrundsätzen gestaltet, wenn der strafbegründende Tatumstand nicht bei dem Täter i. S. des unmittelbar Handelnden und nur bei dem Teilnehmer vorliegt, ist ein besonderes Problem der Teilnahmelehre und nicht Gegenstand unserer Untersuchung. Vgl. darüber Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, insbes. S. 128 ff.

174) Nagler S. 110 ff.; vgl. dazu Oetker, GS 68/303 ff.

Wirkungen nicht entgegensteht. Wie Nagler richtig bemerkt, kann die Akzessorietät zwar nur insoweit in Betracht kommen, als nicht durch die Sondernorm die Verantwortlichkeit des teilnehmenden Dritten überhaupt ausgeschlossen worden ist[175]). Denn die akzessorische Bestimmung der Strafbarkeit hat auch vom Standpunkt des von uns vertretenen Akzessorietätsbegriffes, von dem auch Nagler und Oetker ausgehen, „die rechtliche Möglichkeit relevanter Beteiligung zur Voraussetzung"[176]). Die Verantwortlichkeit des teilnehmenden Dritten ergibt sich aber, wie insbesondere Oetker zutreffend hervorhebt, aus der rechtsgüterschädigenden Wirkung des Sonderverbrechens und der Erweiterung der Sondernorm durch das allgemeine Verbot der Beihilfe und Anstiftung[177]).

Wenn wir dagegen die Akzessorietät im rein formalen Sinne M. E. Mayers auffassen, muß allerdings aus § 50 StGB mittels eines Gegenteilsschlusses die allgemeine Zurechnung der übrigen besonderen Tatumstände gefolgert werden. Die Unbilligkeit des Ergebnisses, zu dem ein dahingehender Gegenteilsschluß führt, beweist uns ebenfalls die Unrichtigkeit des formalen Akzessorietätsbegriffes. Es wären danach alle persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem engeren und dem weiteren Verbrechen bilden, allen Beteiligten zuzurechnen. Würde man aber den Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB in dem denkbar weitesten Sinn fassen, wie es z. B. die herrschende Lehre tut, so würden alle eingangs erwähntn Zweifelsfragen, die der Auslegungsversuch des § 50 StGB im Gefolge gehabt hat, von neuem auftauchen.

§ 8.

Das sachliche Ergebnis der Zurechnung der besonderen Tatumstände nach dem geltenden Recht.

Bevor wir unsere Erörterungen, soweit sie sich mit dem geltenden Recht beschäftigen, abschließen, sei noch zu dem sachlichen Ergebnis der Zurechnung der besonderen Tatumstände Stellung genommen. Über die persönliche Zurechnung der subjektiven Strafbarkeitsmerkmale haben im allgemeinen niemals Zweifel bestanden. Es ist der herrschenden Lehre darin beizupflichten, daß aus Billigkeitsgründen für diese nur ein persönliche Zurechnung in Betracht kommen kann. Bei den psychischen Tatsachen dagegen ist die Frage sehr streitig. Insbesondere fragt

175) Nagler S. 110.

176) Oetker, GS 68/303; vgl. Nagler S. 104 ff.

177) Oetker, GS 68/305, während Nagler die Strafbarkeit des Dritten lediglich aus der rechtsgüterschädigenden Wirkung und der daraus herzuleitenden „sekundären Hilfsnorm" begründet. So Nagler S. 110; vgl. dazu Oetker, GS 68/305.

es sich hier, worauf namentlich auch Oetker[178]) bezüglich der Überlegung beim Mord hinweist, ob die von letzterer ausgehende straferhöhende Wirkung nicht grundsätzlich auf die täterschaftliche Verbrechensbegehung zu beschränken ist. Der Grund der Meinungsverschiedenheiten ist bei den psychischen Tatsachen der gleiche, wie früher bei den straftverändernden und strafbegründenden besonderen Tatumständen, bevor die Zurechnung dieser Tatumstände gesetzlich geregelt war.

Vor der gesetzlichen Regelung der Zurechnung der besonderen Tatumstände stritt man in erster Linie darüber, ob bei der Zurechnung der besonderen Tatumstände dem konstruktiven Gesichtspunkt der folgerichtigen Durchführung der sich aus der rechtlichen Natur der Teilnahme ergebenden Grundsätze oder der Wertung der einzelnen Tatumstände nach dem durch sie verkörperten individuellen oder generellen Schuldgehalt das Hauptgewicht beizulegen sei.

Als typisches Beispiel für die erstere Auffassung ist namentlich Berner anzuführen[179]). Nach ihm hat die Beihilfe akzessorischen Charakter. In folgerichtiger Durchführung der Akzessorietät wird nach ihm derjenige, welcher dem Sohn zum Vatermord Hilfe leistet, wegen Beihilfe zum Vatermord bestraft. Umgekehrt wird der Sohn, der einem Dritten hilft, seinen (des Sohnes) Vater zu töten, nur wegen Beihilfe zum gemeinen Tötungsdelikt bestraft[180]). Dagegen entscheiden die Frage der Zurechnung allein nach der besonderen Natur der Tatumstände vor allem Köstlin und Hälschner[181]). Obwohl beide im übrigen die Akzessorietät der Teilnahme bejahen, verlangt z. B. Köstlin[182]), daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, auch soweit sie strafbegründend sind, bei allen Teilnehmern vorliegen müssen. Nach Hälschner läßt sich jedoch die Frage der Zurechnung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Gegensatz zu Köstlin nicht „abstrakt", sondern nur in bezug auf bestimmte persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beantworten. Nach ihm kommt es darauf ob, ob durch sie ein rein „individuelles Schuldmoment" begründet wird oder nicht[183]), ohne Rücksicht darauf, ob es sich um strafbegründende oder strafverändernde Tatumstände handelt.

Das geltende Recht hat sich zweifellos der letzteren Auffassung angeschlossen und die Zurechnung der besonderen Tatumstände allgemein

178) Oetker, GS 89/202.

179) Berner, Zur Lehre von der Theilnahme, 1847.

180) Berner, S. 107.

181) die zusammenfassende Darstellung der älteren Literatur bei Goltdammer im Arch. f. pr. Strafrecht 8/728 ff.

182) Vgl. Goltdammer im Arch. f. pr. Strafrecht 8/732; Hälschner, System des preußischen Strafrechts II 1868 S. 335, 336; Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 S. 499.

183) Vgl. Goltdammer in Arch. f. pr. Strafrecht 8/735, 737; Hälschner, System I 1856 S. 365.

unter dem Gesichtspunkt der Wertung vorgenommen. Dem steht nicht entgegen, daß sich die Sonderregelung des § 50 StGB auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse beschränkt, und daß demgemäß für die Zurechnung der strafbegründenden besonderen Tatumstände nach wie vor die sich aus der Akzessorietät ergebenden Grundsätze entscheidend sind. Denn da infolge der Akzessorietät die allgemeine Zurechnung der strafbegründenden besonderen Tatumstände ohnehin schon gilt, erübrigt sich deswegen insoweit für den Gesetzgeber die Notwendigkeit einer Sonderregelung. Es ist nur zu begrüßen, daß das geltende Recht unter Ablehnung der formalen konstruktiven Betrachtungsweise die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände als eine materiell-rechtlich zu würdigende Schuldfrage auffaßt.

Was das sachliche Ergebnis selbst anlangt, so ist die persönliche Zurechnung der straferhöhenden und der strafvermindernden Tatumstände von der herrschenden Lehre anerkannt worden, allerdings, wie die vorhergehende Darstellung gezeigt hat, unter zum Teil voneinander abweichenden Begründungen.

Zu der Frage, ob und aus welchen Gründen die allgemeine Zurechnung der in der Person des Täters vorliegenden strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse sachlich gerechtfertigt ist, werden wir im folgenden noch Stellung nehmen.

Zweiter Hauptteil.

Die Rechtsreform.

I.

Täterschaft und Teilnahme im Lichte der neueren Theorien.

§ 9.

Wissenschaftliche Rechtfertigung der Akzessorietät de lege lata.

Wir haben gesehen, daß es zwar möglich ist, ohne „mit dem Gesetz brechen" zu müssen, für die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB einen Begriff zu ermitteln, gegen den im Gegensatz zu den anderen Auslegungsversuchen nicht von vornherein Bedenken der Billigkeit oder der Vorwurf der völligen Außerachtlassung des Gesetzeswortlautes zu erheben wären. Eine andere Frage ist es jedoch, ob bei einer Neugestaltung des Gesetzes die Art der Regelung des geltenden Rechts unverändert zu übernehmen ist. Über die Reformbedürftigkeit des § 50 StGB ist man sich allgemein einig[184]). Die Frage ist dabei nur, in welcher Weise die Reform vorzunehmen ist.

Unsere über die Zurechnung der besonderen Tatumstände bei der Mittäterschaft angestellten Erörterungen haben uns gezeigt, daß sich einerseits mit Rücksicht auf die selbständige Natur der Mittäterschaft die persönliche Zurechnung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB bei letzterer von selbst ergibt, daß andererseits aber die strafbegründenden besonderen Tatumstände in der Person des einen Mittäters dem anderen Mittäter nicht zugerechnet werden können[185]). Wenn trotzdem eine Bestrafung erfolgen soll, so bedarf es dazu einer besonderen Rechtsgrundlage. Die herrschende Lehre erblickt diese in diesem Fall in der Beihilfestrafbestimmung und bestraft den der strafbegründenden Eigenschaft ermangelnden Beteiligten als Gehilfen[186]). Dagegen bedingt die Akzessorietät der Teilnahme grundsätzlich die Maßgeblichkeit der Tätereigenschaften auch für die Teilnehmer (hyperakzessorische Form der Teilnahme). Es bedarf daher, um

184) Vgl. z. B. Oetker, GS 89/183, 202; 94/29.
185) Vgl. Nagler S. 79.
186) LpzK. § 47, 11.

die persönliche Zurechnung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. des § 50 StGB (extrem-akzessorische Form der Teilnahme) herbeizuführen, im Falle der Akzessorietät einer Sonderregelung nach Art des § 50 StGB. Es ergibt sich daraus, daß die rechtliche Natur der Teilnahme, die Zurechnung der besonderen Tatumstände und die inhaltliche Ausgestaltung einer sie regelnden Sondernorm in einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis stehen. Die Regelung der Zurechnung der besonderen Tatumstände wird also weitgehend durch die Gestaltung der Teilnahmslehre beeinflußt, wenn wir darunter allgemein die Normen verstehen, die die Regelung der Beteiligung mehrerer an einer Straftat zum Gegenstand haben. Die Erkenntnisse, die namentlich in neuerer Zeit auf dem Gebiete der Teilnahmelehre gemacht worden sind, eröffnen somit auch für unser Problem ein völlig neues Blickfeld. Der inhaltlichen Gestaltung der Sonderregelung des geltenden Rechts in Ansehung der Zurechnung der besonderen Tatumstände hatte das Nebeneinanderbestehen einer die Strafbarkeit unmittelbar begründenden und einer sie „entlehnenden" Tatbegehungsform das Gepräge gegeben. Aus dem umfangreichen Gebiet der Teilanhmelehre ist für uns nur die Frage von Bedeutung, wie weit das kommende deutsche Strafrecht in dieser Hinsicht Änderungen aufweisen, und wie weit dadurch auch die Zurechnung der besonderen Tatumstände mitbeeinflußt wird.

Die die Teilnahmelehre beherrschenden Streitfragen werden dadurch gekennzeichnet, daß im allgemeinen Übereinstimmung darüber besteht, was strafbar ist, und daß die Meinungen nur darüber auseinandergehen, wie der Gesetzgeber den unstreitig vorhandenen Schuldgehalt strafrechtlich am wirksamsten erfaßt. Nichts zeigt uns deutlicher die Unvollkommenheit irdischen Strebens nach Wahrheit als eine Betrachtung des Schrifttums auf dem Gebiete der Teilnahmelehre, auf dem seit nunmehr fast einem Jahrhundert wie selten auf einem Rechtsgebiet die hervorragendsten Vertreter ein Höchstmaß juristischen Scharfsinns aufgewandt haben, ohne aber daß Aussicht besteht, den Streit der Meinungen alsbald zu einem endgültigen Ende zu führen. Auch der Bericht der Strafrechtskommission zeigt uns, daß diese die Tiefe und Tragweite der uns hier gestellten Probleme nicht verkannt hat und sich der Schwere ihrer Aufgabe im vollen Maße bewußt ist[187]). Es würde den Rahmen unserer Aufgabe überschreiten, auf Einzelfragen der Teilnahmelehre näher einzugehen. Andererseits läßt sich jdeoch eine Betrachtung unseres Problems ohne eine grundsätzliche Stellungnahme zur Frage der Ausgestaltung der Teilnahmelehre in dem kommenden Recht nicht durchführen.

Zunächst seien einige allgemeine Bemerkungen über die geschichtliche Entwicklung der Akzessorietät und ihr Verhältnis zur Täter-

187) Vgl. v. Dohnanyi S. 109 ff., 114.

schaft vorausgeschickt. Die Täterschaft als die die Strafbarkeit unmitetlbar begründende Tatbegehungsform ist die ursprüngliche Erscheinung. Sie bildet daher bei allen Völkern mit primitiver Gesetzgebung die alleinige Tatbegehungsform, während die Akzessorietät bereits einen gewissen Grad wissenschaftlichen Denkens voraussetzt. Auch dem alten deutschen Recht war ebenso wie dem römischen Recht die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme noch unbekannt, und auch noch die gemeinrechtliche Doktrin faßte Täterschaft und Teilnahme im concursus plurium ad idem delictum zusammen[188]). Die Entwicklung der Teilnahmelehre im wissenschaftlichen Sinne verdanken wir, wie die Entwicklung der allgemeinen Verbrechenslehre überhaupt, in erster Linie der italienischen Wissenschaft des ausgehenden Mittelalters[189]). Ob bereits den italienischen Juristen der Gedanke einer akzessorischen Haftung des Teilnehmers bekannt war, und ob demgemäß bereits von dorther dieser Gedanke in die deutsche Rechtsvorstellung hineingetragen worden ist, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen[190]). Man nimmt auf Grund der neueren Forschungen im allgemeinen heute an, daß der Gedanke der akzessorischen Haftung des Teilnehmers erst unter dem Einfluß des französischen Rechts nach Deutschland vorgedrungen ist und zuerst im preußischen Strafgesetzbuch von 1851 Anerkennung gefunden hat[191]). Von dort ist er in das StGB von 1871, dem das preußische Strafgesetzbuch von 1851 als Voribld gedient hatte, übernommen worden. Betrachtungen über die Willensfreiheit hatten in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts dazu geführt, die Ursächlichkeit des Teilnehmers für den Erfolg der Haupttat zu verneinen. Es entstand die Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs[192]), die namentlich die Entstehung des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 und später dann auch des StGBs von 1871 beeinflußt hat[193]). Bei der Akzessorietät handelt es sich somit um eine Erscheinung der neueren Zeit, was darauf zurückzuführen sein mag, daß, wie die folgende Darstellung zeigen wird, die Akzessorietät nicht eine auf deduktivem Wege sich ergebende Folge eines allgemeineren Prinzips ist.

Wir könnn uns hier nur darauf beschränken, in gröbsten Zügen die wichtigsten Gesichtspunkte anzuführen, die zur Bejahung der Akzessorietät der Teilnahme durch den Gesetzgeber geführt haben, und aus denen in der Folgezeit die gesetzliche Regelung zu rechtfertigen versucht worden ist. Im einzelnen sidn die Unterscheidungen derartig

188) Vgl. L. 1 u. 6 Dig. 48, 9; L. 10 Dig. 48, 4. Ferner LpzK. Einl. B III. Abschn. III 1 (S. 88).

189) v. Hippel II § 31 IV 3 S. 442); Schaffstein S. 170.

190) Schaffstein S. 203.

191) Liszt-Schmidt § 47 II Anm. 8; vgl. auch LpzK, Einl. III. Abschn. III 1 (S. 88).

192) Liszt-Schmidt § 21 V.

193) Liszt-Schmidt § 47 III 1.

mannigfaltig, daß eine eingehende Betrachtung den Rahmen der vorliegenden Untersuchung überschreiten würde[194]). Unsere Untersuchung dient nur dem Verständnis der weiteren Frage, wie weit das kommende Strafrecht auf eine akzessorische Tatbegehungsform verzichten kann.

Als maßgebende Gesichtspunkte kehren bei allen Schriftstellern, die sich mit dieser Frage befaßt haben, Abweichungen in der Kausalitäts- und Schuldfrage wieder. Denn wie jedes Verbrechen setzt sich auch die Teilnahme „aus einem kausalen und einem Schuldmoment zusammen"[195]). Die in der Rechtslehre bisher vorherrschende Ansicht erblickte zwischen der Kausalitätsfrage einerseits und der Frage der Rechtsnatur der Teilnahme und der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme andererseits einen Zusammenhang, der wiederum auch die Frage der Rechtsnatur der Teilnahme und ihre Abgrenzung von der Täterschaft als durcheinander bedingt erscheinen ließ[196]). Als besonders typisch hierfür kann wohl die im folgenden dargestellte Lehre Birkmeyers[197]) angesprochen werden, die von größtem Einfluß auf die herrschende Lehre war. In ihr unternimmt Birkmeyer es, die subjektive Teilnahmetheorie des Reichsgerichts zu widerlegen, und stellt vom Standpunkt seiner zwischen Ursache und Bedingung scheidenden Kausallehre aus, die Akzessorietät als notwendige Folge der Kausalität hin. Seiner Auffassung ist daher im folgenden eingehender Erwähnung getan worden. Täter ist nach Birkmeyer nur, wer das Verbrechen „verursacht"[198]). Die Ursache bildet nach ihm die „wirksamste Bedingung"[199]), und diese setzt er grundsätzlich wiederum mit der Tatbestandshandlung gleich[200]). Der Mittäter, Anstifter und Gehilfe setzen nur eine Bedingung zum Erfolg[201]). Aus diesem Grunde sind ihre Handlungen für sich betrachtet gleich den Vorbereitungshandlungen nicht strafbar[202]). Soll dennoch wegen des Gesamterfolges Bestrafung eintreten, so ist dieses nach Birkmeyers Ausführungen „nicht anders denkbar, als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er (der Teilnehmer) durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänzt, was ihm an Verursachung desselben abgeht"[203]). Die Teilnahmehandlung

194) Zu verweisen ist namentlich auf Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1909 und Hoberg, Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien in Strafr. Abhdl. Heft 290. 1931.

195) Birkmeyer, Teilnahme S. 132.

196) So folgert heute noch das RG aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen die Unmöglichkeit, objektiv zwischen Täter- und Teilnahmehandlung zu unterscheiden. Vgl. Liszt-Schmidt § 48 III Anm. 16 u. die dort angegebenen Entscheidungen, unter den neueren namentlich RGSt 63/102.

197) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme.

198) Birkmeyer, Teilnahme, S. 95, 112, 122.

199) Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang 1885, S. 17 ff.

200) Birkmeyer, Teilnahme, S. 113.

201) Birkmeyer, Teilnahme, S. 112, 122.

202) Birkmeyer, Teilnahme S. 114.

203) Birkmeyer, Teilnahme S. 126.

ist somit weder straflose Vorbereitungshandlung noch Verursachung der Haupttat. Bestraft sie der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Haupttat, so ergibt sich damit für Birkmeyer[204]) die akzessorische Natur der Teilnahme.

Der Täter kann nur dann strafrechtlich für sein Verhalten verantwortlich gemacht werden, wenn bei Begehung der Tat sein Wille frei war, d. h. er mußte die Fähigkeit gehabt haben, „den ihn zur Tat reizenden Vorstellungen andere diese treibenden Motive hemmende Vorstellungen entgegenzustellen und auf Grund eines Abwägens sich für oder wider zu entscheiden"[205]). Die Bejahung der Willesnfreiheit führt nach Birkmeyer aber notwendig zur Verneinung der Verursachung des Verbrechens durch den Anstiftenden. Denn nach ihm würde man die Willensfreiheit bei der Annahme verneinen, „daß der Anstifter den Willensentschluß des Angestifteten und dadurch dessen verbrecherische Handlung verursacht"[206]). „Das ‚Bestimmen' des § 48 darf nur ein Bestimmen zur Selbstbestimmung sein, also nur eine Bedingung des Willensentschlusses des Angestifteten und insofern eine Bedingung des von letzterem verursachten Erfolges. In der Anstiftung unseres positiven Rechts liegt weder eine Verursachung des verbrecherischen Erfolges noch eine Verursachung des Willensentschluses des Angestifteten"[207]).

Im Falle der Beihilfe handelt der Täter aus eigenem Entschluß[208]). Stellt schon die Anstiftung lediglich eine Bedingung des Erfolges der Haupttat dar, so git das um so mehr für die Gehilfentätigkeit, weil im Falle der Beihilfe der Täter aus eigenem Entschluß handelt.

Die Willensfreiheit bedingt also dadurch die Akzessorietät, daß sie die Tätigkeit des Anstifters und des Gehilfen zur Bedingung herabwürdigt. Birkmeyer sagt darüber selbst: „Die letzte Wurzel der Sanktionierung der akzessorischen Natur der Teilnahme" bildet „die richtige Scheidung von Bedingung und Ursache und die Erkenntnis, daß jede Teilnahmehandlung nur eine Bedingung des Verbrechenserfolges setze"[209]). Nach Birkmeyer ergibt sich somit die Akzessorietät aus der Kausalität.

Im Gegensatz zu Birkmeyer erblickte die übrige Lehre[210]), insbesondere soweit sie von der ursächlichen Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolgseintritt ausging, den Grund für die Akzessorietät in der vom Gesetzgeber anerkannten Unterbrechung des Kausalzu-

204) Birkmeyer, Teilnahme S. 146.
205) Rixius S. 12.
206) Birkmeyer, Teilnahme S. 256.
207) Birkmeyer, Teilnahme S. 119.
208) Birkmeyer, Teilnahme S. 122, 152.
209) Birkmeyer, Teilnahme S. 152.
210) Vgl. namentlich v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. Aufl. § 29 III 1.

sammenhangs durch freies und vorsätzliches Verhalten eines Dritten[211]). So erblickt z. B. v. Liszt[212]), obwohl er zu den Anhängern der intellektuellen Urheberschaft zählt, den Grund für die Akzessorietät der Anstiftung in der vom Gesetzgeber geleugenten Verursachung der Haupttat durch den Anstifter. Dabei bedeutet Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, „daß ein bestehender Kausalzusammenhang für das Recht nicht in Betracht kommt"[213]). Es handelt sich hier also um eine rechtliche Fiktion. Im philosophischen Sinn kann von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nicht die Rede sein[214]). Die Folge wäre, daß die Teilnahme straffrei zu bleiben hätte. Dieses Ergebnis wird jedoch dadurch vermieden, daß der Gesetzgeber die Anstiftung und Beihilfe zur akzessorischen Teilnahme an der durch den Täter bewirkten Verursachung es Verbrechens umbildet[215]).

Birkmeyers Auffassung und die Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs laufen sachlich auf dasselbe hinaus. Der Unterschied ist lediglich konstruktiver Art. Nach Birkmeyer behält die Tätigkeit des Teilnehmers, zwar in der schwächeren Form der Bedingung, eine gewissen kausale Bedeutung, während nach der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs dieser rechtlich als aufgehoben gilt und die Tätigkeit des Teilnehmers erst auf dem Umwege der Konstruktion einer akzessorischen Tatbegehungsform strafrechtlich wieder bedeutsam wird. Den Ersatz für das zwischen der Teilnahmehandlung und der Haupttat zerschnittene Band der Kausalität bildet in beiden Fällen eine unklar vorgestellte akzessorische Verkettung von Teilnahmehandlung und Haupttat.

Erwähnt werden mag auch noch die Auffassung Franks[216]). Frank unterscheidet zwischen „physisch und psychisch vermittelter Kausalität". Verursachung bedeutet nach ihm nur die physisch vermittelte Kausalität. Er gründet die Ursache der Verneinung der Ursachenqualität auf „die Eigenart der aus dem Gebiet der Ursachen ausgeschiedenen Vorbedingungen". Diese sieht er darin daß die Vorbedingungen „ihre kausale Kraft nur durch das Medium eines menschlichen Willens entfalten können". Ob dieser aber sie „weitergibt", so führt er weiter aus „hängt von seinem Entschlusse ab, also von einem Umstand, der im scharfen Gegensatz zum Naturkausalismus steht". Wie bei Birkmeyer bildet auch bei Frank eine Verschiedenheit der Kausalität den Grund für die Akzessorietät, und letztere zugleich wieder das Mittel, die aus der Verneinung des Kausalzusammenhangs folgende Straflosigkeit des Teilnehmers auszuschließen.

211) Liszt-Schmidt § 29 V.
212) v. Liszt § 29 III 1.
213) Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2. Aufl 1929, S. 178.
214) Rixius S. 14.
215) Vgl. Rixius S. 14.
216) Frank § 1 III 2 a.

Sämtliche der erwähnten Lehren übersehen, daß sie den Teilnehmer wegen einer Tat bestrafen, die er nicht verursacht hat. Dieses Ergebnis steht, wie Träger[217]) zutreffend bemerkt, mit dem allgemeinen Grundsatz unseres Strafrechts im Widerspruch, daß jemand nur wegen eines Erfolges bestraft werden kann, den er verursacht hat.

Es hat daher auch nicht an Versuchen gefehlt, die Akzessorietät aus dem anderen für die Teilnahme maßgeblichen Gesichtspunkt, dem Verschulden, zu rechtfertigen. Hier ist vor allem v. Bar[218]) zu nennen. Nach v. Bar ist im Gegensatz zur herrschenden Lehre der Vorsatz des Anstifters nicht auf die Herbeiführung des verbrecherischen Entschlusses in dem Täter und damit auf die Herbeiführung des Verbrechens selbst gerichtet. Der Anstifter will vielmehr nach ihm die Tat nur bedingt, nämlich für den Fall, daß „der Täter sie will". v. Bar legt somit das Schwergewicht im Gegensatz zu Frank auf die psychische Rückwirkung der durch die psychisch vermittelte Kausalität bedingten Eigenart. Dieser Bedingtheti des Anstiftervorsatzes soll nach v. Bar die akzessorische Natur der Teilnahme entsprechen[219]).

§ 10.

Täterschaft und Teilnahme de lege ferenda.

Die neueren Teilnahmetheorien sehen ihre Aufgabe in erster Linie in einer Überprüfung der Kausalitäts- und Schuldfrage. Während die Teilnahmelehre unter dem Einfluß der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu einem „als selbstverständlich erachteten doktrinären Beharrungszustand"[220]) gelangt war, beginnt neuerdings das über die Teilnahmelehre gebreitete Dunkel sich zu lichten. Namentlich ist es den bahnbrechenden Untersuchungen Bindings und Oetkers zu verdanken, daß wir hier heute wieder klar sehen. Insbesondere war es Binding, der dem „häßlichen, innerlich ganz überlebten Dogma der akzessorischen Natur der Teilnahme"[221]) den Kampf angesagt hatte.

Die Lückenhaftigkeit des Anstifterbegriffes des geltenden Rechts zeigte sich beim Sonderverbrechen und bei den nur eigenhändig begehbaren Straftaten in augenfälligster Weise. Eine Bestrafung ist nach geltendem Recht nicht möglich, wenn z. B. bei den eigenhändig begehbaren Straftaten der unmittelbar Handelnde nicht zurechnungsfähig ist[222]), abgesehen von dem Ausnahmefall, daß das Gesetz die Handlung zu einer selbständigen Straftat erhoben hat. Binding faßt diese und

217) Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, S. 182.
218) v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II. S. 621.
219) v. Bar, S. 622.
220) v. Hippel II § 31 VII (S. 450).
221) Binding, GS 78/41.
222) Binding, GS 78/36; vgl. Frank vor § 47 III (S. 108, 109).

hnliche Fälle unter den Begriff der Urheberschaft zusammen und erblickt hierin eine selbständige, neben der Täterschaft und der Beihilfe stehende Tatbegehungsform. In sämtlichen dieser Fälle handelt es sich um eine auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtete intellektuelle Tätigkeit. Mit der Erkenntnis aber, daß hier die Bestrafung wegen der Verursachung eines verbrecherischen Erfolges zu erfolgen habe, war damit wieder der Blick für die richtige strafrechtliche Behandlung der intellektuellen Tätigkeit überhaupt frei geworden. Binding erkannte, daß es auch strafbares Verbrechen, das nicht Täterschaft ist, ohne das Vorliegen einer strafbaren Haupttat gibt. Von dort war es nur ein Schritt, auch die Anstiftung aus den Fesseln zu lösen, in die sie die Verkennung der Willensfreiheit verstrickt hatte.

Binding erkannte zugleich den Irrtum, der die Verneinung der Verursachung des Verbrechens durch den Anstifter als notwendige Folge der Bejahung der Willensfreiheit betrachtete und räumte damit mit einer Vorstellung auf, die den Blick für die richtige Beurteilung der intellektuellen Verbrechensverursachung getrübt hatte. Die Lebensbeobachtung und ein Vergleich mit dem Zivilrecht zeigten ihm, daß „nirgends auf der ganzen Welt" „die Inkorporation fremden Willens als Gegenbeweis wider die Freiheit des eigenen, sondern mit gutem Grund gerade als Beweis für diese Freiheit betrachtet"[223]) wurden. Und weiter stellte er fest, daß „auf allen andern Rechtsgebieten" anerkannt wird, „daß der Rechtsgenosse seinen rechtlich bedeutsamen Willen gerade durch einen handlungsfähigen zur Verwirklichung bringen, also durch ihn handeln kann, auch wenn dieser Wille ein schuldhaft rechtswidriger sein sollte". Binding erkannte damit das wahre Wesen der Willensfreiheit, und zutreffend kennzeichnet Oetker letztere mit den Worten: „Das heißt sachlich nichts anderes als eigene Willensbestimmung. Der Gesetzgeber verlangt psychologische, nicht metaphysische Willensfreiheit"[224]). Mit der Willensfreiheit in diesem Sinne ist es sehr wohl vereinbar, ebenso wie den Angestifteten auch den Anstiftenden als Ursache des Verbrechens anzusehen.

Verursachen somit beide, der Anstiftende wie der Angestiftete das Verbrechen, so steht das „Motivieren in der Wirkung durchaus dem physischen Kausieren gleich"[225]). Es macht daher für die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich[226]) keinen Unterschied, ob der Täter die Tat eigenhändig ausführt oder sich eines Dritten zur Ausführung bedient. Diese Erkenntnis war seit den italienischen Juristen des Mittelalters Allgemeingut der Strafrechtswissenschaft[227]) und hat die gesamte ge-

223) Binding, GS 78/95.
224) Oetker, Z. f. d. Strafrechtswiss. 17 (1897) S. 552.
225) Oetker, GS 89/184.
226) Abgesehen von den eigenhändigen Straftaten und Sonderverbrechen.
227) Oetker, GS 84/12.

meinrechtliche Rechtslehre beherrscht[228]), bis zu Beginn des vorigen Jahrhunderts die „begrifsverwirrende"[229]) Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs den „intellektuellen Urheber" zum Anstifter und damit zum Teilnehmer an fremder Tat stempelte[230]).

Damit ist aber auch Franks Unterscheidung zwischen physisch und psychisch vermittelter Kausalität widerlegt. Denn es ist in der Tat mit Binding[231]) nicht einzusehen, warum „ein scharfer Gegensatz zum Naturkausalismus"[232]) bestehen soll, wen sich jemand „des besten, weil intelligentesten und technisch geübten Helfers des Menschen" zur Ausführung seines verbrecherischen Willens bedient. Denn damit daß im einzelnen Fall das angewandte Mittel versagt, hat auch der zu rechnen, der den Naturkausalismus für seine Zwecke benutzt[233]).

Ebenso erweist sich auch v. Bars Versuch als verfehlt, die Akzessorietät aus subjektivem Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Wie der Täter verursacht auch der Anstifter das Verbrechen. Da der Anstifter in Kenntnis der Kausalität seines Tuns handelt, ist sein Vorsatz notwendig Tätervorsatz. Die Besonderheit der Willensrichtung beim Anstifter besteht nun darin, daß sein Vorsatz sich auf eine besondere Modalität der Verursachung bezieht, die aber objektiv gleichwertig ist und daher auch keine Schuldverschiedenheit begründen kann.

Die Urheberschaft i. S. Bindings ist als besondere Tatbegehungsform anzuerkennen[234]). Sie ist außer den Fällen der nicht eigenhändigen Begehung eines nur eigenhändig begehbaren Verbrechens in den sonstigen Fällen nicht eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung gegeben, in denen außer der schuldhaften Tatbestandsverwirklichung zur Täterschaft noch die „Vinkulierung" durch eine Sondernorm oder das Vorliegen einer bestimmten Absicht, wie z. B. der Bereicherungsabsicht im Falle des § 263 StGB, erforderlich ist. Sie ist erforderlich, um die eben genannten Fälle der Verbrechensverursachung der Bestrafung zu

228) Binding, GS 78/10.

229) Liszt-Schmidt § 47 I.

230) Mit der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs hat bereits auch für das geltende Recht das RG gebrochen. Es hat insbes. die Strafbarkeit eines Beteiligten wegen fahrlässiger Täterschaft trotz freien und vorsätzlichen Verhaltens eines die Tat ausführenden Dritten anerkannt. Vgl. insbes. RGSt 64/310; 64/370; v. Dohnanyi S. 99, 100.

231) Binding, GS 71/7.

232) Frank § 1 III 2 a.

233) Nagler S. 66.

234) Die in neuerer Zeit viel erörterte Frage des extensiven oder restriktiven Täterbegriffes wird durch die Anerkennung der Urheberschaft nicht berührt. Vor allem bedeutet die Anerkennung der Urheberschaft nicht eine Ablehnung des extensiven Täterbegriffes. Denn das Problem des extensiven und restriktiven Täterbegriffes betrifft lediglich die Frage, ob die täterschaftliche Tatbegehung außer der Kausalität und dem Verschulden grundsätzlich noch die Eigenhändigkeit der Tatbestandsverwirklichung fordert, die entsprechend für die Urheberschaft i. S. einer rein deskriptiven Tatbestandsbetrachtung in der unmittelbaren Einwirkung des Urhebers auf den tatsächlich Handelnden erblickt werden könnte.

zuführen, die von der auch die intellektuelle Urheberschaft in sich schließenden Täterschaft nicht erfaßt werden. Die Urheberschaft wird namentlich auch von Oetker[235]) anerkannt. Binding begreift auch die nicht eigenhändige Tatbestandsverwirklichung unter Benutzung eines vorsätzlich Handelnden, die intellektuelle Urheberschaft im eigentlichen Sinne[236]), unter die Täterschaft. Richtiger ist diese jedoch mit Oetker[327]), der allgemeinen Volksanschauung entgegenkommend, die mit der Täterschaft grundsätzlich die Vorstellung der Eigenhändigkeit verbindet, der Urheberschaft einzuordnen. Die nicht eigenhändige Täterschaft beschränkt sich somit auf die Fälle der Benutzung eines nicht schuldhaft oder nicht vorsätzlich Handelnden oder eines aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen der Täterschaft nicht fähigen Dritten.

Verursacht der intellektuelle wie der physische Täter das Verbrechen, dann ist dieser ebenso wie der physische Täter allein wegen seiner Tat zu bestrafen und für die Entlehnung seiner Strafbarkeit von der Straftat eines andern kein Raum[238]). Täterschaft und Anstiftung erscheinen beide unter dem Oberbegriff der Verursachung, von der die Täterschaft nur eine besondere Form bildet, an die sich u. U. besondere Folgen knüpfen können, wie z. B. bei den Sonderverbrechen und den nur eigenhändig begehbaren Straftaten. Denn Täterschaft ist bei diesen Verbrechen nur möglich, wenn der Täter auch der Sonderpflicht unterliegt oder eigenhändig tätig wird. Andererseits ist auch Urheberschaft ohne die tatsächliche Mitwirkung einer physisch oder rechtlich zur Verbrechensbegehung befähigten Person nicht denkbar.

Die Anstiftung des geltenden Rechts erweist sich somit als verfehlt. Sie ist dogmatisch unrichtig und führt infolge der Akzessorietät zu unbilligen Ergebnissen, indem sie die im gleichen Maße wie die Täterschaft strafwürdigen[239]) Fälle der Urheberschaft i. S. Bindings straflos läßt.

Eine in neuerer Zeit mehrfach vertretene Ansicht verallgemeinert den Gedanken der Urheberschaft in der Weise, daß sie auch den Gehilfen als Urheber des Verbrechens betrachtet[240]) und gelangt auf diese Weise zu einer Vereinheitlichung des alle Formen der Tatbegehung umfassenden Täterbegriffes. Namentlich auch die nationalsozialistische Rechtsauffassung verlangt entsprechend ihrer grundsätzlichen Abneigung gegen einen überspitzten Doktrinarismus und im Sinne ihres

235) Oetker, GS 89/186.
236) Oetker, GS 89/184.
237) Oetker, GS 89/188.
238) Binding, GS 78/37.
239) So vor allem Oetker, GS 89/196; auch Binding, Strafr. Abhdl. I S. 331 ff.; abweichend zunächst Binding, GS 76/114; 78/38.
240) Wie schon hervorgehoben stehen das norwegische und italienische Strafgesetzbuch auf diesem Standpunkt.

obersten Reformgrundsatzes: nullum crimen sine poena, eine grundlegende Überprüfung der Teilnahmelehre und hat dabei insbesondere angeregt, die Möglichkeit einer Zusammenfassung aller Tatbegehungsformen unter einem einheitlichen Täterbegriff zu prüfen[241]). Bevor jedoch der Gesetzgeber zu einer Vereinheitlichung des Täterbegriffes in diesem Sinne schreitet, hat er zu prüfen, ob das damit über den Gehilfen gefällte Unwerturteil dem Schuldgehalt seiner Tat entspricht.

Die Versuche, den Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme aus der Kausalität herzuleiten, haben sich zwar als verfehlt erwiesen. Wie bei der Anstiftung läßt auch bei der Beihilfe die Bejahung der Willensfreiheit keinen Schluß auf die mangelnde Kausalität zu. Schon Nagler hat darauf hingewiesen, daß Kausalitätsfrage und Teilnahmelehre sich nicht gegenseitig bedingen[242]). Namentlich aber hat Eberhard Schmidt durch die Einführung der normativen Betrachtungsweise in die Tatbestandslehre[243]) den letzten und endgültigen Schritt zur Befreiung der Teilnahmelehre aus der sie von vornherein beengenden kausalen Betrachtungsweise getan. Er hat insbesondere die Kausalbetrachtung in das ihr eigene Gebiet verwiesen. Denn die logisch-theoretische Kausalbetrachtung bezweckt allein, das für die strafrechtliche Würdigung in Betracht kommende tatsächliche Material zu beschaffen[244]). In diesem Sinne kann zwar eine Kausalitätsprüfung nur im Sinne der Aequivalenztheorie vorgenommen werden. Danach ist jedoch der auf diese Weise ermittelte Sachverhalt auf seine strafrechtliche Bedeutung zu werten. Täterschaft und Teilnahme sind, wie Eberhard Schmidt zutreffend darlegt, Wertungskategorien, und die vom Gesetz anerkannte Verschiedenheit der Tatbegehungsform ist lediglich ein Ausdruck des das gesamte Strafrecht beherrschenden normativen Schuldelements[245]). Die Tatbestände haben somit nur eine normative Funktion und bilden Wertmaßstäbe für die strafrechtliche Würdigung[246]). Damit ist auch die Teilnahmelehre in völlig neue Bahnen gelenkt worden.

Eine Vereinheitlichung des Täterbegriffes entspricht nur dann den Grundsätzen der Gerechtigkeit, wenn auch unter wertendem Gesichtspunkt der Gehilfe einen der Täterschaft gleichwertigen Tatbeitrag leistet. Wie die folgende Darstellung im einzelnen zeigen wird, besteht aber zwischen Täterschaft und Beihilfe ein grundlegender Unterschied.

Selbst die Anhänger des erweiterten Täterbegriffes, die grundsätzlich eine Schuldverschiedenheit zwischen Täterschaft und Beihilfe leug-

241) Preuß. Denkschrift S. 131.
242) Nagler S. 119.
243) Festgabe für Frank II S. 106 ff.
244) Festgabe für Frank II S. 115.
245) Festgabe für Frank II S. 106 ff.
246) Festgabe für Frank II S. 116.

nen, sehen sich zu dem Eingeständnis gezwungen, daß im einzelnen Fall die Schuld des Gehilfen geringer sein kann[246a]). Im übrigen herrscht im allgemeinen darüber Übereinstimmung, daß die Schuld des Gehilfen hinter der des Täters zurückbleibt und der Gehilfe daher milder zu bestrafen ist[247]). Über die Abgrenzung der Beihilfe von der Mittäterschaft dagegen herrscht nach wie vor erbitterter Streit. Wir haben bereits hervorgehoben, daß uns die Kausallehre in dieser Frage „keine gebundene Marschroute auferlegt"[248]): Zu einer anderen Auffassung muß man notwendig gelangen, wenn man, wie u. a. Birkmeyer und auch Binding zwischen den einzelnen Bedingungen nach deren „dynamischer Verschiedenheit"[249]) unterscheidet.

Zu dem von beiden Seiten mit großer Erbitterung geführten Streit der subjektiven und objektiven Theorie über die Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe ist zu bemerken, daß eine kompromißlose Durchführung weder des objektiven noch des subjektiven Standpunktes die Richtigkeit für sich allein verbürgt[250]). Vom Standpunkt des Willensstrafrechts aus glauben wir in Übereinstimmung mit Nagler[251]) diese Frage grundsätzlich im subjektiven Sinne beantworten zu müssen. „Denn nicht die Beschaffenheit der äußeren Handlung bestimmt den spezifisch juristischen Charakter des Verbrechens, sondern der in die Tat umgewandelte Wille gibt dem Geschehenen den eigentlichen Inhalt"[252]). Weiter hebt Oetker[253]) zutreffend hervor, daß „die objektive Beihilfetheorie rettungslos an den Zweckdelikten scheitert". Denn ein Beteiligter, der die Haupthandlung ohne die vom Gesetz besonders geforderte Absicht ausführt, ist nach der objektiven Theorie weder Täter noch Gehilfe[254]). Andererseits gilt die subjektive Beihilfetheorie immer nur in der selbstverständlichen Beschränkung, daß der Gehilfe, abgesehen von seinem mangelnden Täterwillen, im übrigen niemals den gesamten objektiven wie subjektiven Verbrechenstatbestand erfüllen darf[255]). Der Unterschied ist somit in der Willensrichtung des Gehilfen zu erblicken. Im Gegensatz zum Täter ist beim Gehilfen der Wille nicht auf „Tatbegehung", sondern nur auf „Tatunterstützung"[256]) gerichtet.

246a) Preuß. Denkschr. S. 131.
247) Binding, GS 78/34; Oetker, GS 94/21.
248) Nagler S. 121.
249) Binding, GS 78/25.
250) Nagler S. 121; Oetker, GS 94/17.
251) Nagler S. 129 ff.
252) Nagler S. 123, 124.
253) Oetker, GS 89/197.
254) Oetker, GS 89/198.
255) So auch schon Nagler S. 126; vgl. vor allem auch Oetker, GS 89/197; 94/17.
256) Oetker, GS 98/198, A. A. Binding, vom Standpunkt seiner zwischen Ursache und Bedingung scheidenden Kausallehre aus, ist der Unterschied zwischen

Ein weiterer Unterschied gegenüber der Täterschaft besteht darin, daß die Beihilfe nicht Kausalzusammmenhang mit der Haupttat voraussetzt[257]). Es genügt, daß der Gehilfe die Tat des Täters hat fördern wollen, dagegen ist nicht erforderlich, daß durch sie der Verbrechenserfolg tatsächlich gefördert worden ist.

Dem Einwande der Anhänger des erweiterten Täterbegriffes, das dem im Einzelfall vorhandenen geringeren Schuldgehalt der Beihilfe im Wege der Strafbemessung Rechnung zu tragen sei[258]), hält Oetker mit Recht entgegen, daß im Falle der Gleichsetzung von Täterschaft und Beihilfe im materiellen Strafgesetz auch die Strafbemessung diesem Unterschied nicht gerecht werden kann. Denn ist die Strafbarkeit generell die gleiche, so hindert die Gleichheit nach dem Strafgesetz den Richter, den Unterschied von Täterschaft und Beihilfe selbst zum Strafzumessungsgrund zu machen[259]). Zutreffend weist auch Finger darauf hin, daß der Gesetzgeber, wenn er zwischen mehreren Formen der Tatbegehung unterscheidet, er im wesentlichen die gleiche Aufgabe wahrnimmt, „welche er im besonderen Teil des Strafrechts gleichfalls durch Typenbildung zu erreichen sucht“[260]).

Abgesehen hiervor würde eine Einbeziehung der Beihilfe in den Täterbegriff einmal eine erhebliche Erweiterung der Strafbarkeit über den Umfang des geltenden Rechts zur Folge haben. Denn die Gleichstellung von Beihilfe und Täterschaft bewirkt, daß auch der Versuch zur Beihilfe und die fahrlässige Unterstützung unter den erweiterten Täterbegriff fallen[261]). Zum andern würde wiederum der Bereich der strafbaren Handlungen insofern eine Einschränkung erfahren, als auch die Beihilfe als Begehungsform der Täterschaft Kausalzusammenhang verlangen würde[262]).

Über die rechtliche Natur der Beihilfe gehen die Ansichten auseinander. Nach Binding begründet die Beihilfe ebenso wie die Täterschaft unmittelbar die Strafbarkeit. Binding fordert lediglich das Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Haupttat[263]) und bejaht somit die Mög-

---

Täterschaft Teilnahme objektiv bedingt. Verursachung ist nach Binding nur „die Herbeiführung des Übergewichtes der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolges durch den menschlichen Willen“ (Normen II, S. 492).

257) So auch das RG. in ständiger Rechtssprechung, vgl. neuerdings insbesondere RGSt 58/113, 114; so namentlich auch Oexker, GS 94, 18 ff.; Denkschrift S. 126. Zu einer anderen Auffassung gelangen zwangsläufig die Anhänger des erweiterten Täterbegriffes, nach denen die Beihilfe eine Mitwirkung an der Verbrechensverursachung ist und daher Kausalzusammenhang voraussetzt (vgl. v. Dohnanyi, S. 111), und diejenigen, die wie Bindung zwischen Bedingung und Ursache unterscheiden.

258) Preuß. Denkschrift, S. 131; v. Dohnanyi, S. 101.

259) Oetker, Denkschrift, S. 130.

260) Finger, GS 104/282.

261) Vgl. insbes. Oetker, Denkschrift, S. 130.

262) Vgl. darüber von Dohnanyi, S. 111.

263) Binding, GS 78/33.

lichkeit selbständiger Strafbarkeit eines Tuns, das sich, wie er annimmt, in kausaler Beziehung von der Täterschaft unterscheidet. Die Beihilfe ist somit nach ihm in der Ausdrucksweise M. E. Mayers „minimal akzessorisch". Auch die Anhänger des erweiterten Täterbegriffs fordern für die Beihilfe lediglich das Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Haupttat. Sowohl nach Binding wie auch nach den Anhängern des erweiterten Täterbegriffes handelt es sich hierbei nicht um eine Erscheinung der Akzessorietät im eigentlichen Sinne, sondern lediglich um die notwendige Folge davon, daß der Gehilfe, wenn auch in anderer Weise, den Gesamterfolg mit verursacht. Nach Binding ist die Gehilfenhandlung gleichsam Täterschaft mit besonders herabgesetzter Strafbemessung, die ihren Grund in einer angeblich geringeren Intensität der Kausalität hat. Die Gehilfenhandlung ist jedoch nicht Teilnahme an fremder Tat, die ihre Strafbarkeit der Haupttat entlehnt. Im Gegensatz hierzu erblickt die früher herrschende Auffassung in der Beihilfe eine Teilnahme an der Haupttat und damit in ihr eine besondere Verbrechensform. Nach unserer Auffassung ist der Wille des Gehilfen lediglich auf Tatunterstützung gerichtet. Weiter bleibt auch der Tatbeitrag, den der Gehilfe leistet, hinter der Tat des Täters (vom Standpunkt des Alleintäters aus gesehen) zurück, denn andernfalls würde der Gehilfe ohne weiteres zum Täter werden. Die Strafbarkeit der Gehilfenhaedlung tritt nicht um ihrer selbst willen ein, d. h. lediglich wegen des von ihm geleisteten Tatbeitrages, sondern nur mit Rücksicht auf den Erfolg der Haupttat. Für die Beihilfe kann daher der Akzessorietät die Berechtigung nicht abgesprochen werden, und sie wird daher auch insoweit von Oetker[264]) de lege ferenda anerkannt. Denn die Gehilfenhandlung ist aus dem von uns dargelegten Gründen etwas anderes als selbständige Tatbegehung. Binding und alle übrigen, welche die Beihilfehandlung selbst die Strafbarkeit begründen lassen, bestrafen den Gehilfen für etwas, was er weder gewollt noch getan hat.

Jede Teilnahme ist notwendig „akzessorisch". Dieser Satz ist allgemein anerkannt. Streitig ist nur, in welchem Grade die Abhängigkeit besteht. Letztere Frage ist, wie der Bericht über die Arbeiten der Strafrechtskommission erkennen läßt, namentlich auch Gegenstand der Erörterungen in der Strafrechtskommission gewesen[265]). Es ist die Frage aufgetaucht, ob vom Standpunkt des Willensstrafrechts aus die bisher allgemein anerkannte Unterscheidung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld noch berechtigt ist, und sich nicht als „ungesundes Trennungsdenken"[266]) darstellt. Denn, während nach früherer Auffassung der Rechtsgüterschutz den maßgebenden Ausgangspunkt des Strafrechts bildet, ist für das Willensstrafrecht der „Ausgangspunkt und die Grundlage der Strafe nicht so sehr die Rechts-

264) Oetker, GS 89/202.
265) Vgl. v. Dohnanyi, S. 109 ff.
266) Mezger, Dtsch. Strafrecht, S. 46; vgl. auch v. Dohnanyi S. 114.

güterverletzung als die persönliche Pflichtwidrigkeit des verbrecherisch Handelnden“[267]). Mit Recht weist jedoch Mezger[268]) demgegenüber darauf hin, daß diese Unterscheidung auch für das Willensstrafrecht unentbehrlich ist. Denn einmal ist das Strafrecht nicht „das Ganze des völkischen Rechts“. Neben ihm stehen andere Rechtsgebiete, die, wie z. B. das bürgerliche Recht, auf den Unterschied zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld nicht verzichten können. Zum andern bestimmen sich die persönlichen Pflichten ihrerseits wieder nach „dem Schutz, den die völkischen Rechtsgüter fordern und erfahren sollen.“

Die Teilnahme als akzessorische Form der Straftat und die Täterschaft als die die Strafbarkeit unmittelbar begründende Tatebgehungsform bilden inhaltliche Gegensätze im Sinne logischer Ausschließlichkeit. Nach Birkmeyer folgt die Akzessorietät begrifflich aus der Teilnahme, und zwar im Sinne der extrem-akzessorischen Form. Birkmeyer ist jedoch für seine Behauptung den Beweis schuldig geblieben. Die Versuche, die Akzessorietät des geltenden Rechts zu rechtfertigen, haben uns gezeigt, daß sich die Frage, ob und in welchem Umfange die Akzessorietät besteht, auf deduktiven Wegen nicht beantworten läßt. Wir müssen uns vielmehr mit der Feststellung begnügen, daß die Beantwortung dieser Frage auch nur unter wertendem Gesichtspunkt vorgenommen werden kann. Dem Begriff der Teilnahme widerspricht es nicht, die Abhängigkeit auf die limitierte Form der Akzessorietät zu beschränken, und lediglich das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Haupttat zu verlangen. Die Verneinung der die Strafbarkeit unmittelbar begründenden Tatbegehungsform führt nicht etwa aus Gründen logischer Ausschließlichkeit mit Notwendigkeit zur Bejahung der extrem-akzessorischen Form der Abhängigkeit. Der Begriff der Akzessorietät im Sinne einer Entlehnung der Strafbarkeit erleidet durch die Zulassung der abgeschwächten Form der limitierten Akzessorietät keinen Abbruch. Gegen die umfassendere Form der extremen Akzessorietät im Sinne Birkmeyers spricht vor allem die Tatsache, daß in diesem Falle der Schuldfrage entgegen ihrem subektiven Charakter eine über das Verhältnis des Täters hinausgehende Wirkung beigelegt wurde. Denn in diesem Falle ist wie nach geltendem Recht die Strafbarkeit des Gehilfen von dem Verschulden des Täters abhängig. Abgesehen davon verlangen auch rechtspolitische Erwägungen eine Beschränkung auf das Maß der limitierten Akzessorietät. Denn das mangelnde Verschulden des Täters würde wie nach geltendem Recht zugleich die Straflosigkeit des Gehilfen zur Folge haben. Für die Zurechnung der besonderen Tatumstände ist vorstehend behandelte Frage selbst ohne Bedeutung. Denn, wie schon hervorgehoben, bleibt trotz der Beschränkung der Abhängigkeit auf die limitiert-akzessorische Form die Ak-

267) Mezger, Dtsch. Strafrecht, S. 45.
268) Mezger, Dtsch. Strafrecht, S. 46.

zessorietät begrifflich gewahrt. Die Zurechnung der besonderen Tatumstände betrifft lediglich die objektive Frage der strafrechtlichen Berücksichtigung der besonderen Tatumstände. Für letztere ist jedoch der Grad der Abhängigkeit ohne Bedeutung. Sowohl im Falle der limitiert-akzessorischen als der extrem-akzessorischen Form der Abhängigkeit würde sich ohne ausdrückliche Sonderbestimmung der Charakter der Straftat auch in Ansehung des Gehilfen nach den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des Täters bestimmen.

Beihilfe kann ebenso wie dem Täter auch dem Urheber geleistet werden[269]). Ihre Strafbarkeit verlangt auch hier wiederum lediglich das Vorliegen des objektiven rechtswidrigen Tatbestandes der Urheberschaft.

Wieweit diese Erkenntnisse auf dem Gebiet der Teilnahmelehre für die Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände von Bedeutung sind, ist in der folgenden Schlußbemerkung noch besonders darzulegen.

II.

Die Zurechnung der besonderen Tatumstände und die Entwürfe.

§ 11.

Anschließend bedarf es noch einer Betrachtung der Stellungnahme der amtlichen Entwürfe zum Teilnahmeproblem und zur Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände. An Entwürfen ist unser Strafrecht nicht arm. Begonnen haben die amtlichen Reformarbeiten mit einem Entwurf aus dem Jahre 1909, dem sog. Vorentwurf. Ihm folgte eine Reihe weiterer Entwürfe: Der Entwurf von 1913, der sog. Kommissionsentwurf, der Entwurf von 1919 und der Entwurf von 1925, die sog. Reichsratsvorlage, und endlich der dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegte Entwurf von 1927. Die Arbeiten des Reichstages sind infolge der Neuordnung der politischen Verhältnisse mit der Machtübernahme des Nationalsozialismus nicht zum Abschluß gelangt. Die Reformarbeiten sind jedoch im Herbst 1933 von einer vom Reichsjustizminister berufenen Kommission wieder aufgenommen worden und nähern sich bereits ihrem Abschluß. Ein das kommende deutsche Strafrecht in seinen wesentlichsten Zügen enthaltender Entwurf liegt bereits fertig vor und ist im Jahre 1935 in einem vom Reichsjustizminister herausgegebenen Bericht[270]) über die amtlichen Reformarbeiten veröffentlicht worden.

269) Oetker, GS 94/29; Denkschrift S. 126.

270) Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Bd. 1 1935, Bd. 2 1936.

Die Regelung der Entwürfe von 1909 bis 1927, soweit sie für die Zurechnung der besonderen Tatumstände in Betracht kommt, verläuft ganz in den Bahnen des geltenden Rechts, und es zeigt sich auch hier wieder die Unfähigkeit des Parteienstaates von einst zu wirklich grundlegenden Reformen. Grundsätzlich halten sämtliche Entwürfe an der Akzesosrietät der Teilnahme im Sinne des geltenden Rechts fest, und der Anstifterbegriff des geltenden Rechts lebt in ihnen fort. Die Entwürfe glaubten die gröbsten Mißstände in der Weise umgehen zu können, daß sie die sich aus der Akzessorietät ergebenden Folgerungen in einzelnen Fällen wieder verneinten. So wird von den Entwrfen, obwohl sie sich zunächst grundsätzlich zur Akzessorietät in der umfassendsten Form des geltenden Rechts bekennen, entsprechend dem Vorbild des § 4 JGG der Anstifter und Gehilfe auch dann bestraft, wenn auch nur der obektiv rechtswidrige Tatbestand der Haupthandlung verwirklicht wird.

Nach den Entwürfen sind in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht die straferhöhenden und strafvermindernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nur dem einzelnen Beteiligten, in dessen Person sie vorliegen, zuzurechnen. Die in der Person des Täters vorliegenden strafbegründenden Tatumstände sind dagegen, wie die Entwürfe im Gegensatz zum geltenden Recht in einer ausdrücklichen Sonderbestimmung hervorheben, allen Beteiligten zuzurechnen. Demgemäß haben auch die Entwürfe eine dem § 50 StGB entsprechende Sonderbestimmung übernommen. Diese lautet in den einzelnen Entwürfen folgendermaßen:

Der Entwurf von 1909 bestimmt in § 80: Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich dessen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.

Der Entwurf von 1913 ändert den Wortlaut und sagt im § 37:

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften und Verhältnisse die Strafe erhöhen, vermindern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Der Entwurf von 1919 behält in § 30 diesen Wortlaut bei, desgleichen auch der Entwurf von 1925 im § 28 Abs. 2 und der Entwurf von 1927 im § 32 Abs. 2, letzterer allerdings mit der Abweichung, daß er an Stelle des Wortes Teilnehmer im letzten Absatz Anstifter und Gehilfe sagt.

Wie die Begründungen[271]) zu den Entwürfen übereinstimmend erklären, bezweckte die Änderung des Wortlauts gegenüber § 50 StGB

271) Begründung zum Entwurf 1909, S. 312; Denkschrift zum Entwurf 1919, S. 41; Begründung zum Entwurf 1925, S. 28; Begründung zum Entwurf 1927, S. 30.

lediglich eine kürzere Fassung. Abgesehen davon, daß die Sonderregelung im Gegensatz zum § 50 StGB auch auf die strafausschließenden Tatumstände ausgedehnt worden ist, enthalten die Entwürfe keine sachliche Änderung. Der Entwurf von 1913 und sich ihm anschließend die folgenden Entwürfe sprachen an Stelle von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen von besonderen Eigenschaften und Verhältnissen. Durch diese weitere Fassung sollte jedoch nur zum Ausdruck gebracht werden, daß auch Tatumstände, wie die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit und der Rückfall darunter fallen.

Auch hier hat erst die nationalsozialistische Rechtsauffassung mit der Vorstellung, daß die Unmittelbarkeit der Strafbarkeit Eigenhändigkeit der Tatbestandsverwirklichung voraussetzt, endgültig gebrochen und an Stelle der Eigenhändigkeit der Tatbestandsverwirklichung den Gesichtspunkt der Verbrechensverursachung in den Vordergrund gestellt. Bereits die Denkschrift des preußischen Justizministers forderte, wie schon hervorgehoben, eine Reform des Täterbegriffes und wollte die Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe des geltenden Rechts durch die sämtliche Formen der Beteiligung umfassende selbständige Tatbegehungsform der „Mitwirkung“[272]) ersetzen. Auch der Entwurf der Strafrechtskommission schließt sich insofern der Denkschrift des preussischen Justizministers an, als er sämtliche Formen der Verbrechensbeteiligung als Verbrechensverursachung auffaßt und damit grundsätzlich für alle Fälle der Beteiligung gleiche Bestrafung fordert. Er nähert sich jedoch andererseits wieder der von Binding und Oetker vertretenen Auffassung, indem er zwischen Täterschaft und Beihilfe zwar eine Wesensverschiedenheit anerkennt, die aber nach Ansicht der Strafrechtskommission auf die Strafwürdigkeit ohne Einfluß ist[274]). Der Entwurf verlangt daher grundsätzlich gleiche Bestrafung von Täterschaft und Beihilfe und läßt für letztere nur eine fakultative Strafmilderung zu. Die Akzessorietät im Sinne des geltenden Rechts oder in der schwächeren Form der limitierten Akzessorietät lehnt jedoch der Entwurf der Strafrechtskommission in seinem § bb Abs. 1 auch für die Beihilfe ausdrücklich ab[275]). Zur Frage der Zurechnung der besonderen Tatumstände nimmt der Entwurf der Strafrechtskommission im Abs. 2 und 3 des § bb ausdrücklich Stellung. § bb Abs. 2 und 3 lautet: „Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften und Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen.

Wird die Strafbarkeit einer Tat durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet, so genügt es zur Strafbarkeit aller Beteiligten,

272) Preuß. Denkschrift, S. 131.

273) Unter Strafrechtskommission verstehen wir hier die vom Reichsjustizminister im Jahre 1933 zur Wiederaufnahme der Reformarbeiten berufene amtliche Kommission.

274) v. Dohnanyi, S. 100, 111.

275) v. Dohnanyi, S. 112.

wenn die Eigenschaften oder Verhältnisse bei einem von ihnen vorliegen. Die Strafe dessen, bei dem sie nicht vorliegen, kann gemildert werden."

Gegen die Entwürfe von 1909 bis 1927 ist vor allem einzuwenden, wie auch von der Kritik im allgemeinen hervorgehoben wird[276]), daß sie dogmatisch unrichtig verfahren. Es ist ein Widersinn, zunächst die Akzessorietät anzuerkennen, um sie dann in ihren wichtigsten Folgerungen wieder zu verneinen[277]). Namentlich ist von ihnen das Wesen der Anstiftung völlig verkannt worden. Gegen den Entwurf der Strafrechtskommission ist geltend zu machen, daß er die begriffliche Scheidung zwischen der Verbrechensverursachung einerseits und der Tatunterstützung andererseits nicht in genügender Schärfe hervortreten läßt. Er hat vor allem das Wesen der Beihilfe verkannt, indem er auch in ihr eine Mitwirkung an der Verbrechensverursachung erblickt. Es ist hier auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Insbesondere kann dem Entwurf auch darin nicht beigepflichtet werden, daß die auch bezüglich der Täterschaft und Beihilfe von ihm anerkannte Wesensverschiedenheit ohne Bedeutung für die Straflosigkeit ist. Wer ein Verbrechen nur unterstützen will, handelt weniger strafwürdig als der, der es als Täter begeht. Es ist daher mit Recht zu bezweifeln, ob der Laie wirklich nur hinsichtlich der äußeren Erscheinung und nicht auch im Hinblick auf die Strafwürdigkeit[278]) einen Unterschied zwischen Täterschaft und Beihilfe macht[279]). In der Anstiftung dagegen sieht der Entwurf sachlich richtig eine Form der Verbrechensverursachung und erkennt weiter auch die Fälle der Urheberschaft im Sinne Bindings im § bb Abs. 2 zutreffend als strafbar an.

276) Insbesondere Beling, S. 161; 169 ff.; Oetker, GS 94/9.
277) Oetker, GS 94/9.
278) v. Dohnanyi, S. 100.
279) Vgl. namentlich Oetker, Denkschrift, S. 127.

Schlußbemerkung.

§ 12.

Die Zurechnung der besonderen Tatumstände de lege ferenda.

Zunächst bedarf es noch einiger ergänzenden Ausführungen über die Zurechnung der strafbegründenden Tatumstände. Die Erkenntnis der Urheberschaft hat auch hier klärend gewirkt. Die Anerkennung der Urheberschaft schließt ohne weiteres die Bejahung der Maßgeblichkeit der strafbegründenden Tatumstände in der Person des unmittelbar Handelnden für die Urheber in sich. Wie wir bereits bei unserer Stellungnahme zu Kohler ausgeführt haben, ist diese Folgerung von der herrschenden Lehre im allgemeinen auch immer gezogen worden[280]). Der Grund für die allgemeine Zurechnung der strafbegründenden Tatumstände ist, wie Oetker[281]) zutreffend bemerkt, in der rechtsgutschädigenden Wirkung zu erblicken, von der aus gesehen es gleichgültig ist, ob der Täter unmittelbar durch seine Tätigkeit oder der Urheber unter Benutzung eines zur Herbeiführung der Rechtsgutverletzung fähigen Dritten den verbrecherischen Erfolg bewirkt. Dieser gleiche Gesichtspunkt spielt aber auch bei der Beihilfe mit. Für diese ergibt sich die allgemeine Zurechnung aus der Akzessorietät. Es ist zweckmäßig eine ausdrückliche, dahingehende Sonderbestimmung, wie es auch der Entwurf der Strafrechtskommission tut, in das Gesetz zu übernehmen[282]).

Für die Urheberschaft ist, weil sich bei ihr die persönliche Zurechnung der straferhöhenden und strafvermindernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse wie bei der Mittäterschaft von selbst versteht, eine Sonderbestimmung nach Art des § 50 StGB entbehrlich.

Dagegen ist eine solche für die Beihilfe erforderlich, um die aus der Akzessorietät folgende allgemeine Zurechnung der straferhöhenden oder strafvermindernden besonderen Tatumstände auszuschließen. Sachlich ist die persönliche Zurechnung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB allgemein anerkannt worden, und es sind insoweit auch keinerlei Reformbestrebungen hervorgetreten.

280) Vgl. oben S. 16, 17.
281) GS 89/186.
282) Oetker, GS 89/188.

Notwendig ist es jedoch, die Fassung des § 50 StGB grundlegend zu ändern. Unser Abänderungsvorschlag bezieht sich somit weniger auf den Inhalt als auf die Form. Schon die Summe der Streitfragen, die vornehmlich durch den Wortlaut des § 50 StGB veranlaßt worden sind, läßt erkennen, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht sehr glücklich ist. Dem gleichen Fehler verfallen aber auch die Entwürfe. Der Hauptfehler an dem das geltende Recht wie auch die Vorschläge der Entwürfe kranken, besteht in dem Versuch, den Kreis der besonderen Tatumstände durch Begriffsbestimmungen zu umschreiben. Diesem Mangel entgeht auch der Entwurf der Strafrechtskommission nicht. Der Wortlaut des § 50 StGB ist einerseits zu weit, indem er unbestimmte Ausdrücke wie Eigenschaften und Verhältnisse verwendet, andererseits ist er aber wieder zu eng[283]), indem er sich nur auf eine bestimmte Gruppe von besonderen Tatumständen bezieht. Es empfiehlt sich jedoch, die Fassung des Gesetzes so zu wählen, daß sie alle persönlich zuzurechnenden besonderen Tatumstände umfaßt. An Stelle des § 50 StGB hat ein Ausspruch zu treten, der die Haftung eines jeden Beteiligten allgemein nach dem bestimmt, „was er getan und gewollt hat und nach dem Maße seiner Verschuldung“[284]). Gesetzestechnisch ist diese Bestimmung am zweckmäßigsten dahin zu fassen, daß „die Haftung eines jeden Beteiligten sich nach Art und Maß seiner Verschuldung bestimmt“[285]). Durch diese Fassung, die sich auf alle straferhöhenden und strafvermindernden besonderen Tatumstände bezieht, wird die persönliche Zurechnung aller persönlich zuzurechnenden besonderen Tatumstände gewährleistet. Insbesondere gewährleistet diese Fassung die zutreffende Behandlung solcher straferhöhenden oder strafvermindernden Tatumstände, wie der Überlegung beim Mord und der Strafmilderungsgründe des § 157 Abs. 1 StGB, deren Berücksichtigung die eigenhändige Tatbestandsverwirklichung voraussetzt. Die allgemeine Fassung ist unbedenklich. Denn die richtige Erfassung der Tatbegehungsformen, insbesondere die ausdrückliche Anerkennung der Urheberschaft, schließt Mißverständnisse aus.

Bei unseren bisherigen Betrachtungen waren wir davon ausgegangen, daß das Gesetz entsprechend dem geltenden Recht persönliche Eigenschaften und Verhältnisse als strafbegründende oder als strafverändernde Tatbestandsmerkmale verwendet. Als strafbegründende Tatbestandsmerkmale werden sich persönliche Eigenschaften und Verhältnisse kaum entbehren lassen, denn viele Handlungen erscheinen überhaupt erst dann strafwürdig, wenn sie von einer bestimmten Person begangen werden. Zu erinnern ist nur an die sog. echten Beamtendelikte. Insofern wird es also immer ein Problem der Zurechnung der besonderen

283) So Oetker, GS 89/202.
284) Oetker, GS 89/202.
285) So Oetker, GS 94/29.

Tatumstände geben. Im übrigen geht das Bestreben der Rechtsreform[286]) dahin, in Zukunft nicht mehr das engere Verbrechen von dem weiteren Verbrechen ausschließlich nach persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters zu scheiden, und so weit persönliche Eigenschaften und Verhältnisse strafrechtlich nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, ihre Berücksichtigung der richterlichen Strafzumessung zu überlassen[287]). In diesem Fall würde es zwar mit Rücksicht auf die Akzessorietät einer Sonderbestimmung nach Art des § 50 StGB nicht bedürfen. Es fragt sich jedoch, ob der Gesetzgeber gut daran tut, Verbrechenstatbestände aufzugeben, die sich geschichtlich entwickelt haben, und zwar zu einer Zeit, als die Rechtsprechung noch ureigendste Angelegenheit des Volkes war. Schon mit Rücksicht auf die normative Funktion der Tatbestände sollte der Gesetzgeber, wenn der Schuldgehalt wegen persönlicher Eigenschaften des Täters generell geringer oder größer ist, diesem Umstand durch Schaffung von besonderen Verbrechenstatbeständen Rechnung tragen[288]). Offenbar beabsichtigt auch der Entwurf der Strafrechtskommisssion nicht, die besonderen Tatumstände als das engere und weitere Verbrechen voneinander scheidende Tatbestandsmerkmale völlig aufzugehen. Denn andernfalls wäre die von ihm in den §§ bb Abs. 2 für die strafverändernden besonderen Tatumstände ausdrücklich vorgesehene Sonderbestimmung überflüssig.

---

286) Der Entwurf der Strafrechtskommission gibt z. B. den Verwandtentotschlag und die Kindestötung und ebenso die Strafmilderungsgründe der §§ 157/158 StGB bei den Eidesdelikten als besondere Verbrechenstatbestände auf. Vgl. Mezger u. Graf v. Gleispach in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. 2, S. 363, 374, 376.

287) Graf v. Gleispach in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. 2, S. 374.

288) In diesem Sinne auch Oetker, GS Bd. 104, S. 5: Zu verlangen sind wohl abgemessene Strafrahmen, die es dem Richter erlauben, den individuellen Schuldverschiedenheiten ausreichend gerecht zu werden.

Schrifttum.

1. Kommentare und Lehrbücher:

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. Aufl. 1934.
Bar, v., Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II. 1907.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1907.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931 und Nachtrag bearbeitet von Schäfer u. v. Dohnanyi.
Hippel, v., Deutsches Strafrecht. Bd. II. 1930.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtt. Bd. I. 26. Aufl. 1932.
Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1915.
Mezger, Strafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. 1933.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. I. 11. Aufl. 1927 und Ergänzungsband, bearbeitet von Freiesleben, Kirchner, Niethammer.

2. Abhandlungen:

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922.
Binding, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: Der Täter, der Verursacher („Urheber") und der Gehilfe. In Gerichtssaal Bd. 71 (1908) S. 1 ff.
— Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch „über die Teilnahme". In Gerichtssaal Bd. 76 (1910) S. 87 ff.
— Die Form des verbrecherischen Subjekts. In Gerichtssaal Bd. 78 (1911) S. 1 ff.
— Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen. Bd. I. 1915.
— Die Normen und ihre Übertragung. Bd. II². 1914 und 1916.
Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.
— Teilnahme am Verbrechen, in Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Rechts. Allgemeiner Teil. Bd. II. 1908 S. 1 ff.
Buri, v., Zur Lehre von der Teilnahme an den Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
Denkschrift des Preußischen Justizministers. Nationalsozialistisches Strafrecht. 1933.
Dohnanyi, v., Täterschaft u. Teilnahme. In Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Bd. I. 2. Aufl. 1935. S. 97 ff.
Finger, Einige Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers, „Nationalsozialistisches Strafrecht". In Gerichtssaal Bd. 104 (1934) S. 265 ff.
Goltdammer, Über Miturheberschaft und generelle und spezielle Teilnahme. In Archiv für preußisches Strafrecht. Bd. 8 (1860) S. 721 ff.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.
Hoberg, Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien. In Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 285. 1931.
Kohler, Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen. In Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 51 (1904) S. 169 ff.
— Studien aus dem Strafrecht. Bd. I, 1890.
Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer. In Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 24. 1899.
Mezger, Deutsches Strafrecht. 1936.
Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.
Oetker, Zur Strafrechtsreform. In Gerichtssaal Bd. 89 (1924) S. 161 ff.
— Teilnahme am Verbrechen. In Gerichtssaal Bd. 94 (1927) S. 1 ff.
— Gedanken zur Reform des deutschen Strafrechts und Strafprozeßrechts. In Gerichtssaal Bd. 104 (1934) S. 1 ff.
— Teilnahme am Verbrechen. In Denkschrift des Zentralausschusses der Rechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts. 1934. S. 116 ff.
Ortmann, Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Im Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht. Bd. 22 (1874) S. 390 ff.
Redslob, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. In Strafrechtliche Abhandlunegn. Heft 97. 1909.
Reichle, Die Teilnahme am Verbrechen nach dem Reichsstrafgesetzbuch und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen. In Strafrechtliche Abhandlungen Heft 285. 1931.
Rixius, Urheberschaft und Anstiftung. Würzburger Diss. 1926.
Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts. 1930.
— Formalismus im Strafrecht. In Deutsches Recht. 1934. S. 349 ff.
Schmidt, Eberhard, Die mittelbare Täterschaft. In Festgabe für Reinhard von Frank Bd. II. 1930. S. 106 ff.